

هَيَاتِ الْمَطْلَبِ

فِي دَرَايَةِ الْمَذْهَبِ

لِلإمام الحرمين

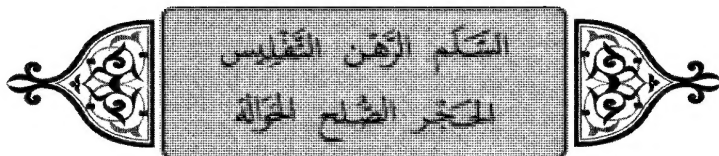
عَبْدُ الْمَلِكِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يُوسُفَ الْجَوَيْنِيِّ

رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

(٤١٩-٤٧٨ هـ)

حَقَّقَهُ وَصَنَعَ فَرَسَهُ

أ.د. عبد العظيم محمود الديب



دار المنهج



الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

جميع الحقوق محفوظة للناسر

دار المنهاج للنشر والتوزيع

جدة - هاتف رئيسي ٦٣٢٦٦٦٦ - فاكس ٦٣٢٠٣٩٢

الإدارة ٦٣١١٧١٠ - المكنتة ٦٣٢٢٤٧١

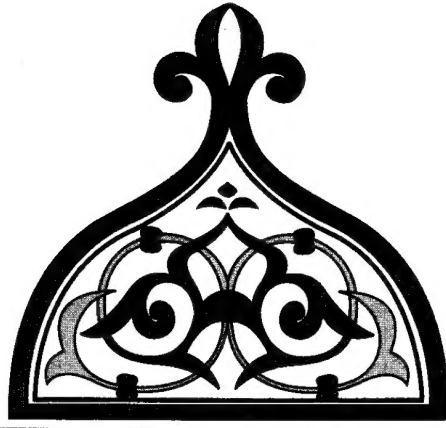
تَبِيحَانُ

أَوَّلًا:

هَذَا الْكِتَابُ بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ أَلْفُ عَامٍ تَقْرِبًا، فَإِذَا رَأَيْتَ مِنْ
ظَوَاهِرِ اللُّغَةِ وَالْأَسَالِيبِ غَيْرَ مَأْلُوفِكَ وَمَعْهُودِكَ، فَلَا تُحَاوِلْ
أَنْ تَحْمِلَ لُغَتَهُ عَلَى لُغَتِكَ، وَلَا تُسَارِعْ بِحَمْلِ ذَلِكَ عَلَى الْخَطَأِ
وَسَهْوِ الْمُحَقِّقِ وَتَقْصِيرِهِ، فَهَذِهِ هِيَ لُغَةُ عَصْرِهِمْ، وَهَذَا
أُسْلُوبُهُمْ، وَهُوَ صَحِيحٌ سَلِيمٌ، وَإِنْ لَمْ يَعُدْ مَأْلُوفًا لَدَيْنَا
وَمُسْتَعْمَلًا عِنْدَنَا وَلَا جَارِيًا عَلَى أَلْسِنَتِنَا.

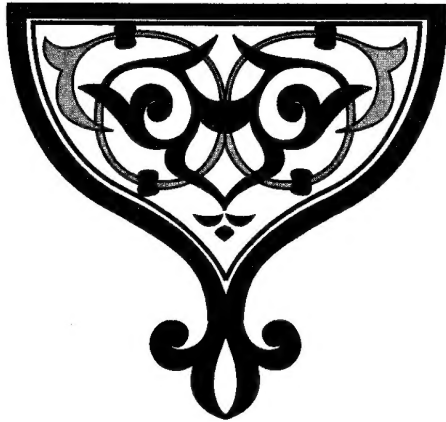
ثَانِيًا:

إِبْرَاءٌ لِلذِّمَّةِ، وَخُرُوجٌ عَنِ الْعُهُدَةِ نُنَبِّهُ:
أَنَّ بَرْنَاجَ الصَّفِّ اسْتَحَالَ عَلَيْهِ كِتَابَةُ الْهَمْزَةِ الْمُنْطَرِفَةِ الْمَكْسُورِ
مَا قَبْلَهَا عَلَى أَلْيَاءٍ، مِثْلُ: قَارِي، يُجْزَى. فَتَنْبَهُ لِذَلِكَ.



وَالْمَوْقِفُ الْأَعْظَمُ عَلَى الْعُلَمَاءِ اسْتِعْمَالُ مَا يَجْمَعُونَهُ فِي أَحَادِ
الْوَقَائِعِ إِذَا بُلُّوا بِهَا، وَكَانَ شَيْخِي يُشَبِّهُ هَذَا بِجَمْعِ الْجَامِعِ الْعُلُومِ
الْمَخْصُوصَةِ بِفَنِّ الطَّبِّ. وَهُوَ هَيِّنٌ عَلَى صَاحِبِ الْقَرِيحَةِ وَالْجِدِّ.
وَإِذَا أَرَادَ اسْتِعْمَالُ مَا جَمَعَهُ فِي مُعَالَجَةِ الْأَشْخَاصِ عَظُمَ
الْأَمْرُ عَلَيْهِ فِيهَا.

الإمام
في نهاية المطالب



كِتَابُ السِّلْمِ

بَابُ

السِّلْفِ وَالنَّهْيِ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ

٣٤٤٦- الأصل في السلم الكتاب والسنة والإجماع . فأما الكتاب فأية المدائنات : قال ابن عباس في تفسير الآية : أشهد بالله أن السلف^(١) المضمون إلى أجل مسمى أحلّه الله وأذن فيه ، وتلا هذه الآية^(٢) . وروى ابنُ عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة ، فوجدهم يسلفون في التمر السنة ، وربما قال السنتين ، والثلاث . فقال عليه السلام : « من أسلف ، فليسلف في كيلٍ معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »^(٣) . والإجماع منعقد على صحة السلم .

والسلم والسلف اسمان للعقد الذي قُصد في هذا الكتاب بيان أحكامه . وذكر الأصحاب عبارتين مشعرتين بمقصود السلم : إحداهما - أنه عقد على موصوف في الذمة ببذل يعطى عاجلاً . والثانية - أنه عقد يفترق إلى بذل ما يُستحق تسليمه عاجلاً في مقابلة ما لا يستحق تسليمه عاجلاً . وقال أبو حنيفة^(٤) : بدل عاجل في أجل .

واللقب الخاص للعقد السلم . والسلف يستعمل فيه وفي القرض .

ثم قال الأئمة في توطئة الكتاب : السلم يستند إلى سبعة شرائط : شرطان في رأس المال . وخمسة في المسلم فيه : أحدها - أن يكون ديناً في الذمة . والثاني - أن يكون موصوفاً بالصفات التي تختلف بها الأثمان والأعواض . والثالث - أن يكون معلوم

(١) ساقطة من (ص) ، (٢) (٢) .

(٢) المراد آية الدين [البقرة : ٢٨٢] وانظر الدر المنثور : ٣٧٠ / ١ .

(٣) متفق عليه من حديث ابن عباس . (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٣٩٢ ح ١٠٣٤) .

(٤) ر . المبسوط : ١٢ / ١٢٤ .

٦ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

ش ١٣٦ تعيين/ مكان التسليم على أحد القولين . وكل ما ذكرناه تراجم ستأتي مفصلة في مواضعها ، إن شاء الله تعالى .

٣٤٤٧- ثم مما يجب الاعتناء به أن لفظ السلم له أثر في العقد ، ومتضمنه أن يكون المطلوب ديناً ؛ فإن العين لا تسمى سلماً . وأما استحقاق تسليم رأس المال في المجلس ، فلا يتلقى من اللفظ ، وإنما هو يعتد بمثابة التعبد برعاية التقابض في بدلي العقد في الصرف وما يلتحق به .

فلو قال الرجل : اشتريت منك طعاماً صفته كذا وكذا بهذا العبد ، فقال : بعته منك بهذا . فهل يثبت حكم السلم ؟ فعلى وجهين ذكرهما صاحبُ التقريب وغيره : أحدهما - أنه يثبت حكم السلم من كل وجه ، ويشترط فيه إقباض رأس المال في المجلس ، ويمتنع الاعتياض عن المسلم فيه . والوجه الثاني - لا يثبت حكم السلم ، ولا يجب تسليم الثمن المعين في المجلس . وعلى هذا الوجه في الاعتياض عن المسلم فيه ترددٌ : فمن أصحابنا من خرّجه على قولين في جواز الاعتياض عن الثمن ، وقد تقدم ذكرهما . ومنهم من قطع بمنع الاعتياض ، وإن لم يثبت للعقد حكم السلم ؛ فإن الموصوف في الذمة مقصودُ الجنس ، فكان كالبيع المعين في كونه مقصودَ العين . والغالب على الأئمان قصدُ المالية لا قصدُ الجنس .

ومما يتعلق بالكلام على اللفظ أن الرجل إذا قال : أسلمت هذا الحمار أو هذا العبد في ثوبك هذا ، وذكر لفظ السلم ، ولم يف بحكمه وشرطه ، فلا شك أن ما جاء به ليس بسلم . وهل ينعقد بيع العين بهذا اللفظ ؟ فعلى قولين ذكرهما القاضي : أحدهما - لا ينعقد اعتباراً باللفظ ، والثاني - ينعقد نظراً إلى المعنى ، وليس البيع إلا تمليك مال بمال يتوجب بين المتعاقدين . وهذا أصل طرده القاضي . والمسألة التي ذكرناها في آخر البيع من حمل البيع المقيّد بنفي الثمن على الهبة أبعد عما ذكرناه الآن . وحاصل الأصل راجع إلى أن الاعتبار بما يفهمه المتعاقدان من اللفظ ، أو بمعنى اللفظ في وضعه .

فَضْلُكَ

قال : « وقد أذن الله تعالى في الرهن والسلم . . . إلى آخره »^(١) .

٣٤٤٨- هذا وإن كان من كتاب الرهن ، فلا بد من ذكره ؛ إذ ذكره الشافعي - رحمة الله عليه - فالرهن بالمسلم فيه جائز ، وإذا ثبت بتفسير ابن عباس أن الدين المذكور في آية المداينات هو السلم ، وقد قرنه الله تعالى بالرُّهْنِ المقبوضة ، فينبغي أن يتوثق مستحق السلم بالرهن [أو]^(٢) الحَمِيل . أمّا الرهن ، فغرضه الأظهر الوثيقة ، فإذا حل السلم وامتنع المسلم إليه ، واستمكن المرتهن من إثبات حقه في مجلس القاضي ، تولى القاضي بيع الرهن في حقه .

وإن لم يتمكن من إثبات حقه ، فلاصحابنا طريقان : منهم من قطع بتسليط المرتهن على بيع الرهن عند العجز عن التوصل إلى ذلك بالحكم والقضاء . ومنهم من خرّج ذلك على ما إذا ظفر الإنسان بمال من عليه الحق . وفيه تفصيل سيأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالى . وإن كان بالمسلم فيه^(٣) حَمِيلٌ^(٤) ، طالبه المسلم [بحقه]^(٥) بالمحل ، فإذا أدّاه وكان ضمن بالإذن ، رجع على المضمون عنه . على تفصيل يشتمل على خلاف ووافق في المسائل . وإذا ثبت له الرجوع ، نظر^(٦) في المضمون . فإن كان مثلياً ، رجع بمثل ما ضمن ، وإن كان من ذوات القيم ، فيرجع بالقيمة أو بالمثل ، فعلى وجهين / كالوجهين في القرض ؛ فإن الضامن في حكم المقرض للمضمون عنه ١٣٧ ي ما يرجع به عليه ، وهذا بين .

قال القاضي : ولو قال أحد من في السفينة لصاحبه : ألق متاعك في البحر ، فإذا

(١) ر . المختصر : ٢٠٦/٢ .

(٢) في الأصل : والحميل .

(٣) في (ص) ، (ت ٢) : إليه .

(٤) الحميل : الكفيل .

(٥) ساقطة من الأصل .

(٦) في (ص) ، (ت ٢) : رجع .

٨ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

ألقاه وكان مثلياً ، ضمن المستدعي مثله . على تفصيل يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى .

وإن كان من ذوات القيم ، فيضمن له القيمة أو المثل ، فعلى الخلاف المذكور في القرض . وهذا فيه احتمال ؛ من جهة أنه ليس بإقراض على الحقيقة . وإنما هو استدعاء إتلاف لمصلحة . وهو قريب من تعاطي المضطر أكل طعام الغير ، فالغالب على الظن أن القاضي يسلم القطع في ذلك بالرجوع إلى القيمة إذا كان المتلف من ذوات القيم .

فَضْلُكَ

قال : « وإذا جاز السلف في التمر السنين . . . إلى آخره »^(١) .

٣٤٤٩- يجوز السلم في المنقطع حالة العقد عندنا إذا كان يغلب على الظن عموم وجوده عند المحل . وشرط أبو حنيفة^(٢) أن يكون الجنس المسلم فيه موجوداً حالة العقد ، وشرط ألا يكون مما ينقطع بين العقد والمحل .

واحتج الشافعي عليه بما رواه ابن عباس : « أن أهل المدينة كانوا يسلفون في التمر السنة والستين » . ولا يكاد يخفى أن من أسلف في التمر سنتين ، فالتمر ينقطع في الأثناء . ومعنى المذهب المذكور في (الأساليب) .

وإذا أسلم في شيء ببلد ، وكان لا يوجد مثله في ذلك البلد ، ويوجد فيما عداه من البلاد والقرى ، فإن كان البلد الذي يعم وجود المسلم فيه قريباً من بلد العقد ، صح . وإن كان بعيداً ، لم يصح .

٣٤٥٠- ثم قال الأئمة : لا يعتبر فيما أطلقناه من القرب والبعد مسافة القصر والقصور عنها .

(١) ر . المختصر : ٢٠٦/٢ .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ مسألة : ١٠٧٥ ، طريقة الخلاف : ٣٤٦ مسألة : ١٤٥ ،

البدائع : ٢١١/٥ .

وهذا مما يجب الاعتناء فيه بتقريب مأخذ يخرج عن عماية الإجمال ؛ فإن القول في مثله ينتشر . ولا ضبط في قول القائل : إن كان بحيث يشق النقل لم يصح السلم ، وإن كان بحيث لا يشق النقل يصح .

وقد يقرب في هذا أن يقول : إن جرت العادة بنقل ذلك الجنس إلى ذلك البلد ، يجوز^(١) ؛ فالمسلم فيه مقدور على تسليمه . وإن كان ذلك لا يعتاد ، فهو ملتحق بما لا يقدر عليه . ولا اعتبار بما ينقله آحاد الناس للتحف . وإنما الاعتبار بما ينقل لأغراض المعاملة .

وهذا لا بأس به ، وإن^(٢) قيل : المتبع هو الذي يلقي متحملاً النقل مشقة ظاهرة خارجة عن اعتياد النقل .

وقد أجرى الشافعي في هذا لفظاً ، فلي تأمله الناظر ، فقال : « هو كما لو أسلم في رطب البصرة ، وبلد المسلم من بلاد خراسان » . وهذا سرف في تصوير التعذر ، وهو يحصل بدون هذا .

وبالجملة السلم عقد إرفاق من الجانبين ، والمحكم فيما ينتشر من أحكام المعاملة العرف ، فكل مشقة لا يبعد في غرض المعاملة أن تحتل لاستعمال رأس المال ، فتلك المشقة لا تقدح في صحة السلم ، وكل مشقة لا تحتل في أغراض التعامل ، فلا يبتنى جواز العقد عليها . وليس للفقهاء أن يصور غرضنا وراء المعاملة ، مثل أن يتفق تضيق وإرهاق في مصادرة وحاجة حاقة في الرضا بمقاساة الكلف للتجارة من الضرورة الناجزة . فلا اعتبار بأمثال هذه الأحوال .

ويمكن أن يقال : سبيل الضبط أو القرب منه أن النقل إذا كان يلحق المنقول بما لا يعم إمكان الوصول إليه/ ، فهو من المتعذر الذي لا يجوز السلم فيه .

ش ١٣٧

وهذه العبارات تشير إلى تقريب واحد .

(١) عبارة (ص) : بنقل ذلك الجنس في السلم يجوز ، والمسلم فيه مقدور على تسليمه .

وعبارة (ت ٢) : ينقل ذلك الجنس إلى ذلك البلد ، فالمسلم فيه مقدور على تسليمه .

(٢) جواب الشرط مفهوم من الكلام قبله .

فصلك

قال : « فإن نفذ الرطب أو العنب حتى لا يبقى منه شيء . . . إلى آخره »^(١) .

٣٤٥١- مقصود الفصل ذكر حكم انقطاع جنس المسلم فيه ، والوجه أن نبداً بالحكم ، ونُجري فيه ما يليق ، ثم نذكر دقيقةً في معنى الانقطاع .

فإذا انقطع جنس المسلم فيه حالة المحل لآفةٍ أو جائحةٍ ، فللشافعي قولان : أحدهما - أن العقد يفسخ . والثاني - أنه لا يفسخ . ولكن للمسلم حق الخيار في الفسخ ، وله الانتظار إن أراد إلى زمان الإمكان .

٣٤٥٢- توجيه القولين : من قال بانفساخ العقد احتج بأن عقد السلم تناول ثمرة السنة المعينة ، فإذا انقطعت ، فقد فات المعقود عليه ، وكان هذا بمثابة ما لو اشترى قفيزاً من صبرة ، ثم تلفت الصبرة ، فالعقد يفسخ .

ومن قال بالقول الثاني ، احتج بأن المسلم فيه دينٌ ، والدين متعلق بالذمة ، ولا اختصاص له بوقتٍ وزمان ، وأما الآجال^(٢) لإثبات أوقات المطالبات . ولعل القياسَ هذا القولُ . ثم انقطاع الجنس في وقت المحل يضاهي إباق العبد المبيع عن يد البائع ، فالبيع لا يفسخ بإباقه ، ولكن يثبت الخيار للمشتري ، كذلك يثبت الخيار في مسألتنا للمسلم ، فإن فسخ العقد ، فذاك ، وإن رأى إنظار المسلم إليه إلى قابل ، فله ذلك .

ثم قال الأصحاب : إذا أنظرة ، ثم بدا له أن يفسخ ، فله ذلك . وقد وجدت الطرق متفقة في هذا .

وشبه الأصحاب هذا برضا المرأة بالمُقام تحت زوجها المولي بعد انقضاء مدة

(١) ر . المختصر : ٢٠٦/٢ . وعبارة المختصر الذي بأيدينا : « وإن فُقد الرطب أو العنب . . . » .

(٢) سقوط الفاء من جواب أما وارد في غير ضرورة الشعر ، وهو مذهب الكوفيين . وله شواهد من الحديث الشريف ، (ر . شواهد التوضيح والتصحيح لابن مالك : ١٩٥ ، ١٩٦) .

الإيلاء ، فإذا هي رضية بعد توجه المطالبة بالمُقام ، ثم ندمت ، وأرادت رفع زوجها إلى مجلس الحاكم ، فلها ذلك . وهذا تشبيه مسألة بمسألة .

والمعنى المعتمد أن الإنظار - في التحقيق - تأجيلٌ والأجل لا يلحق بعد لزوم العقد ، وإذا لم يلحق الأجل ، لغا الإنظار .

وكان شيخه يقول : حقه في الطلب يتجدد حالاً على حالٍ ، ورضاه ينحصر على وقته . وهذا في قبيل إسقاط الحقوق يضاهي الإعارة في قبيل التسليط على الانتفاع . وكان يقطع بهذا المسلك في الخيار الذي ثبت للمشتري عند إباق العبد .

فإن قيل : أليس الإباق من قبيل العيوب التي يثبت الرد بها ، ومن رضي بالعيب ، لم ينفعه الندم ، ولم يملك الرجوع ؟ قلنا : اعتياد الإباق عيب ، واتفاق الإباق لا يلحق بالعيوب . ثم غرضنا لا يختص بهذا . ولو غصب غاصبٌ ذلك العبد وعيَّه ، فغرضنا يحصل فيه .

ومما يتعلق بهذا الفن أن المشتري في العبد الآبق : لو قال أبطلت حقي من الفسخ ، فالمذهب أن حقه لا يبطل وإن صرح به . وكذلك القول في السلم إذا صرح بإبطال حقه من الفسخ . والتفريع على أن السلم لا يفسخ .

وقد أبعد بعض أصحابنا ؛ فقال عن عجز وخَوَر : « يبطل حق الفسخ ؛ فإن مستحق الحق أبطله » . وإن كان يخرج هذا على أصلٍ ، فأقرب الأمور إليه الإبراء عما سيكون وقد ثبت سبب وجوبه .

٣٤٥٣- فانتظم من مجموع ما ذكرناه أن هذا النوع من الفسخ لا يُبطله التأخير ، ولا يُبطله بذلُّ اللسان بالإنظار من غير تصريح بإبطال خيار الفسخ . وإن فرض التصريح ، فهو على التردد الذي ذكرناه ، فإن حكمنا بالانفساخ ، أو فسخ المسلم^(١) على القول الصحيح ونفذ فسخه ، نظرنا إلى رأس المال : فإن كان معيناً في ابتداء ١٣٨ ي العقد وعينه باقي ، فيسترده الفاسخ . وإن كان تالفاً ، يرجع إلى بدله ، فإن كان مثلياً ، فالمثل . وإن كان متقوماً ، فالقيمة .

(١) في (٢) : السلم .

وليس هذا بمثابة إفلاس المشتري بالثمن والمبيع تالف ؛ فإن البائع لا يملك فسخ البيع والرجوع بقيمة المبيع . كما سيأتي مفصلاً مشروحاً في كتاب التفليس إن شاء الله تعالى .

والسبب فيه أن غرض البائع الانفراد بالمبيع^(١) ، والخروج عن جهة^(٢) المضاربة ولو فسخ البيع تقديراً ورجع^(٣) بالقيمة ، لضارب بها^(٤) . وسيعود هذا في مواضعه . فليكتف الناظر بالمرامز إذا أحلناه .

٣٤٥٤- ولو كان رأس المال موصوفاً في الذمة أولاً ، ثم عُجل في المجلس ، فإذا تسلمه المسلم إليه ، وكان عينه باقياً في يده ، فهل يُسترد ؟ أم للمسلم إليه أن يأتي ببذله ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يتعين استرداد ذلك المقبوض ؛ فإنه لما عُين بالإقباض آخر ، كان كالمعين أولاً . والثاني - لا يتعين ؛ لأن العقد لم يتناول تلك الأعيان .

وأصل هذا الخلاف أن المسلم لو ردّ المسلم فيه بعيب ، وقال : ليس على الوصف الذي أستحقه ، فهل يجعل ذلك نقضاً^(٥) للملك من الأصل تبييناً ، أو هو نقض في الحال ؟ فيه اختلاف قدمناه ، وعليه بنينا وجوب الاستبراء على المسلم إليه إذا كان المردود جارية .

فإن قلنا : ما يجري من ذلك في الموصوفات يتضمن رفع الملك من أصله ، فعلى المسلم إليه وقد فسخ السلم ردّ عين ما قبضه . وإن قلنا : يتضمن نقض الملك في الحال ، فللمسلم إليه الإبدال . وهذا يبين للمتأمل .

(١) في (ص) ، (ت ٢) : البيع .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : رحمة .

(٣) في (ص) : فرجع .

(٤) أي « لضارب بها » مع الغرماء ، بمعنى أنه يضارب بسهم يساوي القيمة ، منسوبة إلى مجموع ديون الغرماء ، ثم إلى ما يساوي هذا السهم من أموال المفلس عند بيعها وفاءً لديون غرمائه .

(٥) في النسخ الثلاث : نقضاً . (بالصاد المهملة) .

٣٤٥٥- وإذا انتهى الكلام إلى هذا ، فنذكر ما فيه من مزيد ، فنقول : أجمع أئمتنا على أن المتعاقدين لو تبايعا الدراهم بالدنانير وصفاً ، ثم عجلا في المجلس ، وتفرقا عن تقابض ، صح ذلك وإن اعتمد العقد في ابتدائه الذمة من الجانبين ، وهل يصح العقد على هذا الوجه بعبارة السلم ؟ فعلى وجهين ذكرهما الشيخ أبو علي في الشرح . وهذا مأخوذ من خلاف للأصحاب سنذكره في أن السلم هل يصح في الدراهم والدنانير إذا كان رأس المال ثوباً ، أو غيره ؟

ولو اشتمل العقد على عوضين من أموال الربا يشترط التقابض فيهما ، كالمطعمات يباع بعضها بالبعض ، فلا بد من التقابض في المجلس .

فلو وصفا في الشقين ، ثم عجلا ، وجرى التقابض كما ذكرنا في الدراهم والدنانير ، ففي صحة ذلك وجهان مشهوران : أحدهما - الصحة كالنقد ، والثاني - لا يصح ؛ فإن الوصف يطول في العروض ، وتعيين الدراهم يقرب من وصفه ، ولهذا يكتفى في النقود الغالبة بالإطلاق من غير وصف ، والقياس أن لا فرق ؛ فإن الوصف وإن كان يطول ، فإذا ذكر ، فهو كالوصف الذي يقرب ولا يطول .

ويتصل بهذا أنه لو استحق على رجل ديناً مستقراً ، ثم اعتاض عنه دراهم معينة ، صح . ولو اعتاض دراهم موصوفة ، ثم عجلها في المجلس ، صح . فإن لم يعجلها في المجلس نظر : فإن كان الدين نقداً ، لم يجز . وإن كان الدين عَرْضاً ، ففي المسألة خلاف قدمناه في كتاب البيع .

وغرضنا الآن أنا حيث نشترط التعجيل في المجلس يجوز الاعتماد [في أصل العقد]^(١) على الوصف في الدراهم ، وهل يجوز الاعتماد على الوصف في العروض على أن تعجل في المجلس ؟ فعلى وجهين . وهذا بعينه هو الذي قدمناه .

٣٤٥٦- ومما يتعلق بأطراف الكلام أن المسلم إذا فسخ السلم ، فإن كان رأس المال قائماً ، فيجوز الاستبدال عنه قبل القبض ؛ لأنه وإن كان مضموناً ، فليس هو ضمان مقابلة على التحقيق ، وقد انفسخ العقد ، والاستبدال عن الأعيان المضمونة بالقيم

١٤ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

ش ١٣٨ جائز/ ، كما مهندناه في البيع . ومنع أبو حنيفة^(١) الاستبدال عمّا في يد الغير على حكم العقد المفسوخ ، وليس معه متعلق من طريق المعنى .

وكل ما ذكرناه فيه إذا تعذر الوصول إلى جميع المسلم فيه .

فأما إذا فرض التعذر في بعضه ، فالقول في الانفساخ وثبوت حق الفسخ في المقدار المتعذر على ما تقدم ، ثم يزداد في هذه الصورة تفريع تفريق الصفقة ، وقد مضى في موضعه مفصلاً . فليعرف الفقيه الفصل بين أن يقبض الميسور ثم يطرأ التعذر وبين أن يطرأ التعذر قبل قبض الميسور ، وليتذكر الفرق إذا قبض الميسور بين أن يتلف وبين أن يكون باقياً .

ولا مزيد على ما مهندناه في قواعد التفريق .

وقد نجز الغرض في هذا .

٣٤٥٧- وبقي علينا ما وعدناه من فضل النظر في بيان معنى الانقطاع ، فمما نستعين به في هذا ما قدمنا في الفصل السابق من تفصيل القول في أن من أسلم في جنس وهو ببلدة لا يوجد ذلك الجنس بها ، فهل يكون هذا من السلم في المنقطع حالة الحلول ؟ وهذا قد تمهد على قرب العهد .

ونعود الآن فنقول :

إن تحقق انقطاع الجنس بالكلية بأن يسلم في جنس لا يوجد إلا في بلده ، ثم اتفق انقطاع ذلك الجنس في تلك السنة ، هذا هو الانقطاع المحقق ، الذي يجري فيه القولان في الفسخ والانفساخ .

فأما إذا انقطع الجنس في تلك البلدة ، وكان النقل إليه ممكناً على حدّ لو فرض السلم في البلد ، لعد المسلم فيه بتقدير النقل من الممكنات ، فهذا ليس بانقطاع .

وإن كان النقل عسراً ، بحيث يمتنع السلم ، نُظر : فإن كان لا يتصور أصلاً ، مثل أن يكون المسلم فيه جنساً لو نقل من مسافة شاسعة ، لفسد ، فهذا انقطاع أيضاً .

وإن كان النقل ممكناً على عسر ، فالأصح القطع بأن السلم لا يفسخ ،

(١) بدائع الصنائع : ٢٣٣/٥ وما بعدها .

[فإن] ^(١) قول الانفساخ إنما يجري إذا جعل ثمن السنة مع إضافة المستحق إليها بمثابة صبرة بيع صاعٍ منها .

فأما إذا كان الإحضار ممكناً على عسر ، فهو كإباق العبد إذا طراً ، فيثبت خيار الفسخ ، وإن كان يمتنع إيراد العقد عليه .

ومن أصحابنا من يجعل التعذر الذي يمتنع بسببه السلم ابتداءً إذا طراً بمثابة الانقطاع الحقيقي ، حتى [يُخرَج] ^(٢) قول الانفساخ . وهذا القائل يزعم أن التعذر في عقد الغرر كالتلف الحقيقي ، وبه يتوجه قول الانفساخ في أصله ، مع أن المسلم فيه دينٌ .

٣٤٥٨- ومما يتعلق بتمام البيان في هذا الفصل أنه إذا أسلم في جنسٍ يعم وجوده غالباً عند المحل ، فاتفق انقطاع الجنس قبل المحل على وجه يعلم أن الانقطاع يدوم في السنة . قال القاضي : في المسألة قولان : أحدهما - أنه لا يفسخ العقد في الحال على قول الانفساخ ، ولا يثبت الخيار على قول الخيار ، حتى يحل الأجل . فإذا حل ، فإذا ذاك يجيء القولان . والقول الثاني - أنه يتنجز قبل المحل ما ثبت عند الحلول . قال : وهذا يقرب من خلاف في الأيمان ، وإن كان مأخذ الأيمان يبعد عن مأخذ الأحكام . وذلك الأصل هو أن من حلف ليأكلن هذا الطعام غداً ، فتلف الطعام قبل دخول الغد ، فهل يحث في الحال ؟ أم يتأخر الحث إلى مجيء الغد ؟ فيه خلاف سيأتي ذكره ، ووجه الشبه بين .

فصل في

قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم / حكيماً عن بيع ما ليس عنده ، ١٣٩ ي وأجاز السلف . . . إلى آخره » ^(٣) .

٣٤٥٩- غرض الشافعي رحمه الله - الكلام على حديث حكيم بن حزام ، وعلى الأخبار الدالة على السلم ، ولم يقصد نقل إجازة السلف ، مع قول رسول الله صلى الله

(١) في الأصل ، (ص) : وإن .

(٢) في الأصل : يجري .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٦ / ٢ .

١٦ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك
 عليه وسلم في متن حديث واحد ، ثم لا يخفى وجه الكلام ، فالذي نهى رسول الله
 صلى الله عليه وسلم حكيماً عنه في بيع الأعيان من غير تقدير وصفٍ والتزامٍ في الذمة ،
 وفي حديث حكيم ما ينبه على هذا ؛ فإنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن
 الرجل ليأتيني فيساومني السلعة وليست عندي ، فأبيعها منه ، ثم أدخل السوق ،
 فأشترىها وأسلمها إليه . فقال عليه السلام : « يا حكيم لا تبع ما ليس عندك »^(١) .

فَضَائِلُ

قال : « وإذا أجازاه صلى الله عليه وسلم بصفةٍ مضموناً إلى أجل ، كان حالاً
 أجوزاً ، ومن الغرر أبعد . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٤٦٠- السلم يفرض على ثلاثة أقسام : مؤجل - وهو جائز بالاتفاق . وحالٌ مقيد
 بالحلول - وهو جائز عند الشافعي إذا كان المسلم فيه عامَّ الوجود حالة العقد ، خلافاً
 لأبي حنيفة^(٣) ، ومعتمد المذهب أن الحلول لا يجرّ إلى العقد غرراً وعسراً ، وإن أثر
 في قطع مرفق^(٤) ، فمسوِّغٌ تسويغ الرخص ، معلقاً بغير ، فإذا وقع التراضي على حذفه
 لم يضر .

وأما التأجيل في الكتابة فمستحق ، واعتمد بعض الأصحاب فيه تحقق عجز
 المكاتب عن الوفاء بحق الحلول ، وهذا لست أرضاه ؛ لما سأذكره في الكتابة إن

(١) حديث : « لا تبع ما ليس عندك » رواه أحمد : ٢٠٢/٣ ، ٤٣٤ ، وأبو داود : بيوع ، باب في
 الرجل يبيع ما ليس عنده ، ح ٣٥٠٣ ، والترمذي : بيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس
 عنده ، ح ١٢٣٢ ، والنسائي : بيوع ، باب بيع ما ليس عند البائع ، ح ٤٦١٣ ، وابن ماجه :
 التجارات ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك ، ح ٢١٨٧ ، وابن حبان : ٢٢٨/٧ ح ٤٩٦٢ .
 وانظر التلخيص : ٩/٣ ح ١١٢٧ .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٦/٢ ، ٢٠٧ .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٦/٣ مسألة ١٠٦٩ ، والأصل : ٢/٥ ، ومختصر الطحاوي :
 ٨٦ ، ورؤوس المسائل : ٢٩٨ مسألة : ١٨٧ .

(٤) مرفق : بفتح الميم وكسر ها . والمرفق ما يرتفق به ويتنفع ويستعان . (معجم) ، والمراد هنا
 مرفق التأجيل .

شاء الله تعالى . والمعتمد أن الكتابة حائدة عن قوانين المعاملات ، وحيدتها محتمل لمكان رفق ، فإذا زال الرِّفق ، فارق العقد مورده الشرعي ، والسلم موضوع على مصالح المتعاملين ، وليس نائياً أي الكتابة .

فأما القسم الثالث من السلم - فهو ما يفرض مطلقاً من غير تعرض لأجل أو حلول ، وقد اشتهر خلاف الأصحاب فيه ، فذهب بعضهم إلى أن العقد لا يصح ؛ فإن المطلق في العقود محمول على العادة ، وللعادة وقعٌ عظيم في المعاملات ، وقد عم العرف بتأجيل المسلم فيه ، فالمطلق يحمل على الأجل ، فإذا لم يبيّن ، كان مجهولاً .

والأقيس الحكم بصحة السلم ؛ فإن الإطلاق مشعر بالحلول في وضعه ، فإنه يتضمن الالتزام ، وكل ملتزم مطالب ، وعليه بنينا حمل الأجرة على الحلول في الإجارة المطلقة .

فصل في

قال المزني : « والذي اختاره الشافعي أن لا يسلف جزافاً من ثياب ولا غيرها . . . إلى آخره »^(١) .

٣٤٦١- مقصود الفصل الكلام فيما يصح أن يكون رأس مال ، فنقول : إذا كان رأس المال مشاراً إليه ، ولكن كان جزافاً ، ففي صحة السلم قولان : أحدهما - وهو الأقيس الصحة ، وهو اختيار المزني ، ووجهه أن المعين المشار إليه معلوم في عقود [المعاوضات]^(٢) ، والإشارة مغنية عن القدر والوصف ، إذا لم يكن علينا تعبد في رعاية المماثلة ، ولم يكن على العاقد نظر في جهة الغبطة لطفل أو غيره ممن يليه ، وهذا قياس ظاهر .

والقول الثاني - أنه لا بد من معرفة القدر والوصف ، كما في المسلم فيه ، والسلم

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) في الأصل : المعاملات .

عقد غرر ، وقد يفرض فيه فسخ أو انفساخ ، ثم تمس الحاجة إلى رجوع رأس المال ، ش ١٣٩ وينتظم منه نزاع/ يعسر فصله ، والذي يليق بالحال أن العقد إذا كان مبناه على احتمال غرر لمكان غرض ، فينبغي أن يُتَوَقَّى من الغرر الذي لا يقتضيه ذلك المرفق . ورأس المال إذا لم يقدر بهذه المثابة .

قال المحققون : اختلاف القول في هذا يقرب من اختلاف القول في الجمع في صفقة واحدة بين سلم وبيع ، ووجه الشبه أننا نقدر تطرق الفسخ إلى أحد العقدين دون الثاني ، ثم يفضي القول فيه إلى نزاع عند محاولة التوزيع في الفسخ والإبقاء ، فينبغي أن يبعد السلم من هذا ، ولا يكتفى بحصول العلم والإحاطة في الحال .

ثم نحن في طرد القولين لا نفصل بين المكيل والموزون ، وبين ما ليس كذلك . فلو جعل رأس المال ثوباً غير معلوم الدرعان . اطرده القولان . وأبو حنيفة^(١) يفصل بين المقدور وغيره ، فيبطل السلم إذا ترك تقدير ما يقبل التقدير ، ولا يبالي بتطرق الجهالة إلى الثياب وغيرها إذا جعلت رأس مال .

وهذا تحكّم ؛ فإن التقدير فيما يقبل التقدير إنما يطلب لما فيه من الإعلام المنافي للجهالة ، والجهالة هي المحذورة في عاقبة السلم ، فإذا تحققت في الثياب ، كانت كما لو تحققت بترك المقدار فيما يقبل [التقدير]^(٢) .

ومما يتصل بهذا أنّ رأس المال إذا أحيط بصفاته بطريق العيان ، ولكن كان مجهول القيمة عند المتعاقدين أو عند أحدهما ، فالذي ذهب إليه الأكثرون القطعُ بصحة السلم . وقال آخرون : الجهل بالقيمة يتضمن تخريج المسألة على قولين ؛ فإن التوزيع يقع باعتبارها . والتراجع يكون بحسبها .

٣٤٦٢- ولو كان العوض جزافاً في الإجارة ، فلاصحابنا طريقان : منهم من أجراه مجرى رأس المال في السلم ، حتى يخرج على القولين . وليس عوض الإجارة عند

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٨/٣ مسألة ١٠٧٣ .

(٢) في الأصل ، (ص) : المقدار .

هذا القائل كعوض البيع ؛ فإن الإجارة لا ثبات لها إلى انقضاء مدتها ؛ فإن الدار إذا سلمت ، لم ينقطع غررُ الإجارة ؛ إذ هي عرضة الانفساخ إذا تلفت الدار في أثناء المدة ، ولو عابت في يد المستأجر ، تعرضت الإجارة لخيار الفسخ ، فشابهت الإجارة السلمَ فيما ذكرناه ؛ لكنها تفارقه في أن التسليم في عوضها ليس شرطاً .

ومن أصحابنا من قطع بأن الأجرة في الإجارة على قياس العوض في البيع . والإجارة لا تعد من عقود الغرر ، وتقدير التعذر في مقصودها ليس كتقدير التعذر في السلم .

٣٤٦٣- ولو كان السلم حالاً ، فمن أئمتنا من قطع بأن رأس المال لو كان جزافاً فيه ، جاز ، وإنما القولان في السلم المؤجل ؛ فإنه المعرض للخطر ، والسلم الحال تعامل على ناجز . وهذا اختيار القاضي .

ومن أئمتنا من قال : لا فرق بين السلم الحال والمؤجل في تخريج المسألة على قولين إذا كان رأس المال جزافاً .

٣٤٦٤- ولو كان رأس المال ذرة لا يصح السلم فيها ، فضبطها بالوصف غير ممكن . وإذا انضم إلى ذلك كونها مجهولة القيمة . فهذا من صور القولين إذا كان السلم مؤجلاً ، وإن كانت قيمتها معلومة ، فيعتبر ضبط وصفها . فإن حرصاً على ذكر الوصف ، فالأصح صحة السلم . فإن قيل : لم يمتنع السلم فيها مع إمكان وصفها ؟ ١٤٠ ي قلنا : لعزة وجودها ، وقد ذكرنا أن الشرط في السلم فيه عموم الوجود ، ولا معنى لاشتراط هذا في رأس المال .

وقال بعض أصحابنا : كل ما لا يصح السلم فيه لا يصح جعله رأس مالٍ على أحد القولين . ومثل هذا وإن ذكر في الكتب محمول عندي على ما إذا لم يطلع على وصفه أو قيمته ، غير أن معظم الناس لا يعتنون بنهايات البيان ، وإذا فصل مفصل ، كان ظاهر تفصيله مخالفاً لإطلاق الأولين ، ولا مخالفة .

فصل في

٣٤٦٥- قال : « والذي أحتج به في تجويز السلم في الحيوان . . . إلى آخره »^(١) .

السلم في الحيوان جائز عند الشافعي ، ولا يشك الفقيه أنه لا يجوز السلم في كل حيوان ، فإنه ما من جنس يطلق القول بجواز السلم فيه إلا وفيه ما يمتنع السلم فيه على ما سنبينه الآن .

والمرعي فيما يجوز السلم فيه أن يكون قابلاً للوصف المعبر . عامّ الوجود على الوصف المعبر ، والقول في الوصف المعبر لم يعتن بضبطه على ما ينبغي ، والذي أراه أن نذكر مسائل السلم على ترتيب السواد^(٢) ، ونورد في كل مسألة ما يليق بها . ثم نختم المسائل . ونعطف عليها ما يضبط القول في الوصف المعبر .

ففي الحيوانات ما [تضبطه]^(٣) الأوصاف المقصودة ، مع بقاء عموم الوجود . ثم استدل الشافعي على جواز السلم في الحيوان بأخبار وردت في استقراض الحيوان ، وعلم الشافعي أن المخالف في السلم في الحيوان يخالف في استقراضه . ومبنى مسائل السلم على ذكر ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز على الجملة ، حتى إذا انتجز الكلام في الجمل ، انعطف الشافعي على ما أجمله ، وذكر مجامع الوصف في كل فن .

وكنّا أوثر أن أجمع مسائلها في تقاسيم ضابطة ، ولكن الجريان على ترتيب السواد أولى .

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) السواد : المراد به مختصر المزني ، فلفظ السواد يعني هنا : الأصل ، أو المتن . ويتدّر في كلام الأئمة الماضين وكتبهم بهذا المعنى كثيراً .

(٣) في الأصل : تضبط .

فَضْلُكَ

٣٤٦٦- أجمع الأئمة على أن الاعتياض عن المسلم فيه لا يجوز ؛ فإنه وإن كان موصوفاً ، فهو كالبيع في كونه مقصوداً ، وإذا امتنع التصرف في المبيع قبل القبض مع فرض توفير الثمن ، فالمسلم فيه وهو في الذمة لم يتحصل بعد ، بذلك^(١) أولى .
وذكرنا في الاعتياض عن الأثمان قولين في كتاب البيوع .

وغرض هذا الفصل أن النقد إن التحق به باء الثمنية ، فهو ثمن ، وفي الاعتياض عنه القولان . وإن اتصل باء الثمنية بثوبٍ أو غيره ، فقد ذكرنا في مسائل البيع خلافاً في أنه هل يكون ثمناً . فلو قال : اشتريت منك عشرة دنائير - ووصفها - بهذا الثوب ، وقد اتصل باء الثمن بالثوب ، وأقيم النقد على هذه الصيغة مقام الثمن . فإن قلنا : الدراهم ثمنٌ كيف أثبتت في العقد ، فيجوز الاعتياض عنه على أحد القولين في هذه الصورة .

وإن قلنا : الثمن ما اتصل به باء التثمين ، فالثوب ثمن . ولا يجوز الاعتياض عن الدراهم قولاً واحداً . وإذا منعنا الاعتياض على هذا الترتيب ، فهل يجب تسليم الثوب في المجلس ؟ فعلى وجهين ، قدمنا أصلهما . فإن اتبعنا المعنى ، فالعقد سلمٌ ، وإن اتبعنا اللفظ ، فلم يجر لفظ السلم . فلا يجب التسليم في المجلس .

ومما يتعلق بهذا الفصل أن الفلوس إذا جرت في بعض البلاد وراجت رواج النقود ، فقد ذهب شردمة من الأصحاب إلى أنها تلتحق بالنقود في الأحكام . ومنهم من قال : ليس لها حكم النقود ، وإنما هي كالأعواض الرائجة ، وإن كسدت ، فهي كالأعواض الكاسدة .

فإذا تبين هذا بنينا عليه أنه لو قال : اشتريت منك / مائة فلس بهذا الثوب ، فإن ١٤٠ ش قلنا : الفلوس من العروض ، فليس في الصفقة ما هو ثمن في جوهره . وإن قلنا : الفلوس لها حكم النقود ، فإذا قال : اشتريت منك مائة فلس بهذا الثوب ، فهو كما لو

(١) في (ص) و(ت) : ذلك .

قال : اشتريت منك مائة درهم بهذا الثوب . وقد سبق الكلام فيه .

وإذا كسدت الفلوس فنادى منادي السلطان بالنهي عن التعامل عليها ، فتقلب إذ ذاك عروضاً بلا خلاف .

ثم جعل أبو حنيفة^(١) كساد الفلوس بمثابة تعذر تسليم المعقود عليه . واضطربوا وراء هذا ، قال منهم قائلون : هو كتلف المعقود عليه . وقال آخرون : هو كإباق العبد . واضطربوا على وجوه في الفلّس لسنا لها . ومأخذها ما ذكرناه . والمذهب أن الفلوس في جوهرها من العروض .

فصل في

قال : « ولو لم يذكر أجلاً ، فذكره قبل أن يتفرقا ، جاز . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٤٦٧- إذا عُقد السلم مطلقاً ، وحكمنا بصحته حملاً على الحلول ، وهو الأصح . فلو^(٣) أثبتنا أجلاً في مجلس العقد ، فظاهر النص أن الأجل يلحق ، وهذا مشهور عند الأصحاب معدود من أصل المذهب .

وفي المسألة وجه آخر ، أن الزوائد لا تلحق^(٤) في جواز العقد ، كما لا تلحق^(٥) بعد لزومها . وهذا منقاس . وإن كان المشهور غيره .

وقد استقصينا القول في هذا في كتاب البيع .

٣٤٦٨- ولو ذكر المتعاقدان في السلم ، أو في بيع الأعيان أجلاً مجهولاً في العوض الثابت في الذمة ، ثم حذف^(٥) تلك الجهالة في مجلس العقد ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أن الحذف لا ينفع ، وفساد العقد مستمر . فإن أعاده على الصحة ، كان عقداً مبتدأ .

(١) ر . بدائع الصنائع : ٢٣٧/٥ .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٣) في (ص) ، (ت ٢) : ولو .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت ٢) .

(٥) الحذف هنا بمعنى القطع ، فمعنى « حذف تلك الجهالة » : أي قطعاً الجهالة بالتعيين .

وذكر صاحب التقريب وجهاً غريباً حكاه ، معظم الأصحاب عنه . وهو أنهما لو حذفوا الأجل المجهول في مجلس العقد ، فهل ينحذف حتى يحكم بصحة العقد ؟ واحتج عليه بأن [قال] ^(١) المتعاقدان في مجلس العقد بمثابتهما بين التواجب ^(٢) ، فكأن العقد لا قرار له ما لم يتفرقا .

وهذا الوجه مزيف لا يستقيم على قاعدة مذهب الشافعي ؛ فإن المجلس إنما يتعلق به الحكم إذا صح العقد ، وإذا ذكر في صيغته مفسدٌ ، فلا عقد ، وإذا لم يكن عقدٌ ، فلا مجلس .

ثم تكلم أصحابنا على هذا الوجه الضعيف من وجهين : أحدهما - يتعلق بضبط القول في مجرى هذا الوجه وبيان الأحكام التي يجري فيها هذا الوجه ، والأحكام التي لا يجري فيها .

لا خلاف أن الثمن والمثمن لو أثبت أحدهما على الفساد ، فلا ينفع إصلاحهما في مجلس العقد . وهذا الوجه جارٍ في الأصل كما ذكرناه .

واختلف أصحابنا في جريانه في الخيار الفاسد إذا شرط ، والرهن والحميل ، وزوائد العقد : فمن أصحابنا من طرد هذا في جميع الزوائد التي تثبت على الفساد .

والأصح تخصيص ما ذكرناه بالأجل ؛ وسببه أن المتعاقدين في مجلس العقد على حكم الأجل في الثمن ؛ من قبل أن البائع لا يملك مطالبة المشتري بالثمن في المجلس ، وعاقبة المجلس مجهولة ، فكان الأجل مجهولاً ؛ فلم يبعد أن يصلح الأجل في مجلس الخيار ، والكفيل والحميل ليسا في هذا المعنى ، كالأجل . وأما شرط الخيار الزائد إذا حذف في المجلس ، فهو أقرب إلى الأجل من الكفيل

(١) زيادة اقتضاها السياق . ومن عجب سقوطها من النسخ الثلاث . ويشهد لصحة تقديرنا اتفاق النسخ الثلاث على لفظ (المتعاقدان) بالألف بعد (أن) مما يشهد أنها بسكون النون ، وليست (أن) المشددة . إلا إذا قلنا : إن الإمام جرى هنا على لغة من يلزم المثنى الألف في كل حال ، وعلى هذا تكون زيادتنا لـ (قال) خطأ .

(٢) يعني أنهما ما داما في مجلس العقد ، فكأنهما مازالا في مجال التفاوض والتفاوض ، وإيجاب كل طرف على الآخر ، ما يريده من العقد .

٢٤ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك
والحميل ؛ فإنه تأخيرٌ في لزوم العقد وليس كالأجل ؛ فإنه يتصور رفعه على البت^(١) .
والخيار يتصف به العقد . والأجل فُسحةٌ في عوض العقد .
والحاصل مما رتب في ذلك أن ما صار إليه الجمهور أن الفساد لا يصلح إلا
باستئناف العقد .

ي ١٤١

وقال صاحب التقريب : فساد الأجل / يصلح .
وقال غيره : نعم فساد الأجل يصلح ، وكذلك فساد الرهن ، والحميل ،
والخيار .
وقال آخرون : لا يصلح إلا فساد الأجل والخيار .
فهذا ما تكلم الأصحاب فيه .

٣٤٦٩- ومما ذكره تفرعاً على هذا الوجه البعيد أن العقد لو شرط فيه الخيار على
الصحة ، وأثبت فيه أجلٌ مجهول ، وتفرق المتعاقدان ، وزمان الخيار باقٍ . فهل
يكون الإصلاح في زمان الخيار بعد التفرق بمثابة الإصلاح في المجلس ؟ فعلى
جوابين : قال قائلون : زمان الخيار بمثابة زمان المجلس في أن جهالة الأجل يصلح .
وهذا بعيد ؛ فإن مجلس العقد في حكم الحريم للعقد ، فلا يقاس به الخيار
المستمر بعد التفرق .

وكل ذلك خبط ، وخروج عن حد المذهب ، وجريان على مجاري مذهب
أبي حنيفة .

والذي صح عندي من قول صاحب التقريب : أنا إذا جعلنا^(٢) إطلاق السِّلْم لا يجوز
لتردده بين الحلول والتأجيل . فلو فرض إطلاقه ، ثم تبين حلوله أو تأجيله في
المجلس ، فقد قال صاحب التقريب : لا يبعد أن يحتمل ذلك ؛ فإن العقد لم يشتمل
على جهالة محققة .

(١) في (ص) ، (ت) : اللبث .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : قلنا .

وهذا في هذا الطرف بعيد أيضاً ؛ فإننا إذا حملنا إطلاق اللفظ على التردد ، لزم القضاء بالفساد ، وإذا تحقق الفساد ، فلا عقد ولا مجلس .

فَضْلُكَ

قال : « ولا يجوز في السلف حتى يدفع الثمن قبل أن يفارقه... إلى آخره »^(١).

٣٤٧٠- ذكرنا أن من الشرائط في السلم تسليم رأس المال في المجلس . وهذا متفق عليه . ولو فرض التفرق قبل قبضه ، فسد العقد ، ولو جرى القبض في البعض دون الباقي وحصل التفرق ، فسد العقد في القدر الذي لم يجر القبض فيه ، ويسقط بنسبته من المسلم فيه ، وهل يبطل في الباقي ؟ كان شيخي يقول : إذا اشتملت الصفقة أولاً على حلالٍ وحرامٍ ؛ ففي انعقاد الصفقة في الحلال قولان . وإذا انعقد العقد على عبيدين مثلاً ، ثم تلف أحدهما قبل القبض ، وانفسخ العقد فيه ، فهل ينفسخ في العبد الباقي ؟ فعلى قولين مرتبين على التفرق^(٢) في الابتداء والانتهاء . [والانتهاء]^(٣) أولى بقبول التفرق^(٤) ؛ لأنه صح أولاً ، ثم اختص الطارئ بالبعض .

فإذا وضح طرق الكلام ، فالتفرق في قبض رأس المال بين الدرجتين ، وهو أقرب إلى التفرق في الابتداء من مسألة العبدین ؛ فإن قبض رأس المال ركن السلم ، فالانفساخ فيه جرى بأن يشبه بالفساد .

فليتخيل الناظر ثلاث مراتب : إحداها - العقد . والثانية - ركن العقد . والثالثة - طريان الانفساخ على البعض بعد تمام العقد بشرائطه .

ولو سلم رأس المال في المجلس ، وتفرقا ، ثم وجد المسلم إليه برأس المال عيباً ، فله رده . وإذا رده ، كان ذلك فسخاً في العقد بعد الصحة وتوفر الأركان . ولو

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : التفريق .

(٣) مزيدة لاستقامة النص .

(٤) في (ت ٢) : التفريق .

تعذر ردُّ رأس المال بتلف حكمي أو حسي ، فيثبت للمسلم إليه الرجوع بالأرض ، حتى إذا كان العيب الذي حصل الاطلاع عليه مقدارَ عشر القيمة يسقط^(١) في مقابلته عشرُ المسلم فيه ، وهذا هو الأرض .

٣٤٧١- ويجب وراء هذا التنبُّه لدقيقتين : إحداهما - أن هذه الصورة لا تلتحق بتفريق الصفقة ، حتى يقال : « ارتفع العقد في عشر ، فهل يرتفع في التسعة الأعشار ؟ فعلى قولين » ، بل لا يرتفع في التسعة الأعشار قولاً واحداً . والسبب فيه أن القبض قد جرى في رأس المال . وهذا المستدرك لم يتضمن تبعض القبض في رأس المال ، والدليل عليه أنه لو كان باقياً ، أمكن الرضا به . ولكن أثبت الشرع طريقاً في استدراك الظلّامة ، وجهه^(٢) الاستدراك عند البقاء^(٣) الردُّ ، وعند الفوات الأرض . والعقد لم ش ١٤١ يختل ركنه ؛ فالعشر إذن محطوط . ولا يقال : انفسخ العقد فيه ، بل حطه / مستحق . فهذا بيان ما ذكرناه .

ومما وجب التنبُّه له أنه إذا سقط العشر مثلاً ، فلا خيار لمن يحط العشر عن استحقاقه . ونحن نُثبت الخيار لخيارات تنحط عن هذا . ولكن الوجه أن هذا حقٌّ مستحقٌّ شرعاً ، فلا خيرة مع حكم الشرع .

والدقيقة الثانية - أن الرد إذا تعذر ، ففي كلام الأصحاب تردد في أن الأرض يثبت من غير إثبات . أم لا بُدَّ من إثباته ؟ ظاهر كلام القاضي^(٤) أن الأرض يثبت من غير حاجة إلى إثباته ، وإنما التردد والخيرة في حالة البقاء . فإن شاء ردَّ . وإن شاء رضي به معيياً .

وسبب التردد أنا لو لم نقل به ، لكان^(٥) بدو العيب متضمناً انفساخ العقد . وهذا بعيد عن وضع العقد ومصلحته . فأما إذا فات الردُّ ، فالوجه ثبوت حق صاحب الحق مع بقاء العقد .

(١) في (ص) ، (ت ٢) : يسقط .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : ووجهه .

(٣) في (ص) ، (ت ٢) : انتفاء .

(٤) في (ص) : الشافعي .

(٥) في (ص) ، (ت ٢) : فكان بدو العود .

ومن أصحابنا من قال : لا يثبت الأرض بنفس الاطلاع على العيب مع تعذر الرد ؛ فإنَّ الرضا بالعيب كان ثابتاً في البقاء ، فليثبت إمكانه وحكمه بعد الفوات . فعلى هذا يثبت الأرض بالطلب الجازم .

وهذا قريب من التردد في أنَّ ملك الشفيع متى يثبت في الشقص المشفوع ، غير أنه يتجه في الشفعة جهات من القضاء ، وتأدية الثمن والطلب ، وهاهنا لا وجه إلا الربط بالطلب .

فَصَائِلُ

قال : « ويكون ما يسلف فيه موصوفاً . . . إلى آخره » (١) .

٣٤٧٢- قد ذكرنا أن أحد شرائط السلم كون المسلم فيه موصوفاً ؛ فإن الإعلام لا بد منه . فإذا لم يكن عياناً ومشاهدة ، فلا بد من الوصف . ثم بعض الأوصاف المقصودة لا تكفي ، ولا بد من استقصاء كل وصف مقصود .

ثم يكفي - عند القبض والتسليم - في كل وصف ما ينطلق عليه الاسم ، ولا يطلب الأقصى ؛ فالنهايات لا ضبط لها حتى لو أسلم في كاتب ، فيكتفى بما ينطلق عليه اسم الكتابة ، لا يشترط التبحر فيها . وكذلك القول في الصفات المشروطة في بيع الأعيان . فإذا شرط كون العبد المشتري كاتباً ، اكتفي في الوفاء بالشرط بالاسم . كما ذكرناه .

ثم من الأوصاف ما يهتدي إليها الخواص والعوام ، كأوصاف الحنطة والشعير ، وما في معناهما ، والثياب المتخذة من القطن ، وما كان من هذا القبيل فأوصافها قليلة . ومنها ما لا يهتدي إلى معرفة أوصافها إلا أهل الصنعة كأنواع القطن والإبريسم والمماليك .

٣٤٧٣- وقد ذكر شيخنا وصاحب التقريب في ذلك ترتيباً ، ونحن نظرده على وجهه . قالوا : إذا وقع السلم في موصوف أوصافه المقصودة معروفة في الناس ،

٢٨ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

فالسلم صحيح لا يأتية خلل من قبيل الوصف . والأولئ إذا تعاقدنا أن يُشهدا على الأوصاف ؛ حتى لا يتنازعا ، والإشهاد مستحب غير مستحق ، ولا يستحق الإشهاد إلا في النكاح .

وإن كان الجنس المطلوب مما يختص بمعرفة صفته المتعاقدان فيما زعما ، فالسلم باطل ؛ فإن المطلوب مجهول عند الناس . ولو تشاجر المتعاقدان لم يُدَرَّ كيف تداعيهما ، وعاد مقالهما ترابطاً بينهما . وعقد السلم عقد غرر ، فينبغي أن يتوقى أمثال ذلك ، ولو لم تُجتنب ، لانضم إلى أصل الغرر في العقد وترتب منهما عَمَاية .

ولو كانت تلك الصفة بحيث يعرفها عدد الاستفاضة ، فيصح العقد ، ولا يشترط حضور أحد ، بل يشترط ما ذكرناه ، ليعرف عند النزاع تناكرهما^(١) وتقارّهما^(٢) .

وإن عرف الصفة عدلان ، فهل يعتمد العقد معرفتهما حتى يصح ؟ أم لا بد من عدد الاستفاضة ؟ فعلى وجهين .

ي ١٤٢ وزعم الإمام أن هذا القياس يطرد في تعيين المكيال / على ما سنعقد فيه فصلاً . والذي نعجله منه أنهما لو ذكرا مكيالاً شائعاً ، صح التقدير به إذا كان يعرفه أهل الاستفاضة . فإن ذكرا مكيالاً زعما أنهما يعرفانه ، وكان لا يعرفه غيرهما ، فالسلم باطل . وإن كان يعرف ذلك المكيال عدلان ، فوجهان إذا لم يشع العلم في عدد الاستفاضة .

وليس ما استشهدنا به في تعيين^(٣) المكيال إشارة إليه ؛ فإن ذلك فن يأتي . وإنما هذا في ذكر مكيال معلوم أو مجهول ، كما فصلنا .
وهذا الترتيب حسن .

[ولكن فيما وقع القطع بفساد السلم فيه احتمال . والأظهر الفساد .

(١) ناكره : أي خادعه وداهاه . (معجم) .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : أو تقارقهما .

(٣) في (ت ٢) : تغيير .

وليس هذا الذي خضنا فيه الفصل الموعود في^(١) ضبط الوصف^(٢) المعتبر .
وذلك يأتي في فصل ، إن شاء الله .

فصل

قال : « قال الله عز وجل ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلَةِ ﴾ [البقرة : ١٨٩] . . . إلى آخره »^(٣) .

٣٤٧٤- الغرض من الفصل أن السلم إذا اشتمل على الأجل ، فلا بد من إعلامه ،
فإذا أجل إلى شهر ، صح ، وحمل على الشهر العربي . والشهور العربية بالأهلة ،
ومعلوم أن الشهر ينقص ويكمل ، وما يتوقع من كمال ونقصان محتمل بلا خلاف .

ويبعد تطبيق أول الأجل على أول الشهر ، والغالب أن تردد الشهر يقع في الشهر
الثاني والثالث . فإذا وقع التأجيل ثلاثة أشهر ، فليتكسر الأول غالباً ، وكل شهر انكسر
في الآجال أكملناه ثلاثين يوماً ، ولم ننظر إلى ذلك الشهر انتقص أم تكمل ، فإذا الشهر
الثاني والثالث بالهلال ، والشهر الأول المنكسر على الكمال ، فنستكمله من أيام الشهر
الرابع . حتى لو وقع الأجل وقد بقي من الشهر لحظة ، انكسر الشهر بها ، ولزم من
انكساره إكماله .

وبيان ذلك بالمثال أن ابتداء الأجل لو وقع وقد بقيت لحظة من شهر صفر ، فنقص
الربيعان ، ونقص جمادى ، فأما الربيعان فشهران محسوبان بالأهلة ، وأما جمادى فإذا
نقص ، كملناه بيوم من جمادى الآخر .

وكنتم أود في هذه الصورة أن نكتفي بالأشهر الثلاثة ؛ فإنها جرت عريية كوامل
وإن نقصت عدة الأيام . وإنما يكمل إذا كان بقي من الشهر أيام بحيث لا يتمكن من
احتساب شهر كامل عربي ، فيأخذ من أيام الشهر الثالث ما يكمل أيام شهر صفر
ثلاثين .

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : وصف الفصل .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

فأما إذا استمرت لنا أشهر عربية ، فليقع الاكتفاء بهذا .

وعلى هذا أمر العدة المنوطة بالأشهر .

وإذا كان الأجل إلى انقضاء شهر ، أو انسلاخه ، أو انقضاء السنة ، جاز .

وإن احتاج المتعاقدان إلى وقفة في درك ما بقي من السنة .

قال الأئمة : هذا في الألفاظ يناظر ربط إعلام المبيع بالبيان في مثل قول القائل :

بعتك من موقف قدمي إلى الشجرة .

ثم كما^(١) انقضى الشهر أو السنة حكم بحلول الأجل .

٣٤٧٥- وذكر صاحب التقريب فصولاً في العبارات عن الأجل . ونحن نذكرها ،

ونتخذها أصولاً .

فمنها أنه لو أجل شيئاً إلى نفر الحجيح ، فإن قيده بالنفر الأول في سنة مخصوصة ،

صح . وإن ذكر نفر مطلقاً ، أو أضافه إلى السنة المعلومة ، ففي المسألة وجهان .

هكذا ذكر صاحب التقريب : أحدهما - يفسد الأجل لتردد محله بين النفريين . والثاني -

يصح ، ويحمل على نفر الأول ؛ فإنه تحقق الاسم به . وهو كما لو قال : إلى يوم

عاشوراء ، فالأجل صحيح ، وآخره محمول على أول جزء من اليوم ، فإن الاسم

يتحقق به ، فحمل على الأول ، ولم نلتفت إلى تمادي اليوم إلى غروب الشمس .

وألحق العراقيون بذلك ما لو أجله بشهر ربيع أو جمادى من سنة معلومة ولم يذكر

ش ١٤٢ الأول والآخر ، وهذا قياس ما ذكره صاحب التقريب / في نفر .

ثم يلتحق بهذا عندنا أصل نمهده أولاً ، ثم نفرعه ، وهو أن آخر الشهر اسمٌ ينطلق

على ما يبقى بعد نصف الشهر إلى الانقضاء ، وليس المراد بالآخر الجزء الأخير ،

فيقال : العشر الأواخر . وأواخر الشهر . والقول في الأول كالقول في الآخر ، فهو

اسم ينطلق على النصف ، ولا يتخصص به الجزء الأول .

ثم أطلق أصحابنا وقالوا : إذا قال : إلى آخر الشهر أو إلى أول الشهر الفلاني ،

(١) « كما » : بمعنى (عندما) .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك _____ ٣١
كان ذلك مجهولاً ، حتى ينص على ما يعينه في الأول والآخر .
وهذا مشكل عندي .

وإذا كان الأصحاب يردّدون القول في الربيع المطلق والنّفَر ، وحمله بعضهم على ما ينطلق عليه الاسم أول مرة ، فهذا يتوجه في الأول والآخر من الشهر ، حتى يقال : يحمل الأول على الجزء الأول ، ويحمل الآخر على الجزء الأول من النصف الثاني . وقد ينقذح للفطن حمل الأخير على الجزء الأخير ، وحمل الأول على الجزء الأول .
وإذا لم يكن لصاحب المذهب نص ، ورجع الكلام إلى معاني الألفاظ ، اتسع المقال ، وارتفع الحرج .

ولست أرى مثل هذا مخالفة في المذهب ؛ فإن المحذور خلاف نص المذهب ؛ كيف وقد نصوا على أن ذكر اليوم - من غير عبارة تقتضي الظرف - محمول على أوله وإن كان اسم اليوم يشمل^(١) الجميع ، فليكن الأول شاملاً لنصف ، والآخر شاملاً لنصف شمول اسم اليوم لساعات .

فإذا قال : أجلتك إلى يوم الجمعة ، حل الأجل بطلوع فجر يوم الجمعة . وإذا قال : أجلتك إلى شهر كذا ، فكما^(٢) استهل تبين حلول الأجل معه .

ولو قال : تؤديه في يوم كذا ، أو شهر كذا ، لم يجز ؛ لأنه جعل جميع أجزاء اليوم ظرفاً ومحلاً ، فكأنه قال : محل الأجل وقت من أوقات يوم كذا . وجوز أبو حنيفة هذا . وذكر صاحب التقريب ذلك وجهاً لبعض أصحابنا ، لم أره لغيره .

وإذا جعل محل الأجل فعلاً يتقدم أو يتأخر ، فهو مجهول . مثل أن يقول : إلى الحصاد أو إلى الدياس . وكذلك إذا قال : إلى العطاء ، يعني خروج الأعطية . ولو قال : إلى وقت العطاء وكان له وقت معلوم ، جاز ، ولو قال : إلى وقت الحصاد ، لم يجز ؛ لأنه ليس له وقت معلوم .

ولو قال إلى النيروز والمهرجان ، فالمذهب الجواز ؛ لأنه معلوم مفهوم عند

(١) في (٢) : يحتمل .

(٢) فكما : فعندما .

٣٢ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

الناس ، ومنع بعض الأصحاب ذلك ، وهو مشهور ، ولست أرى له وجهاً إلا الحمل على مسير الشمس ؛ فإن النيروز والمهرجان يطلقان على الوقتين اللذين تنتهي الشمس فيهما إلى أوائل برج الحمل والميزان . وقد يتفق ذلك ليلاً ، ثم ينخس مسير الشمس كل سنة بمقدار ربع يوم وليلة وشيء ، ومن اجتماع هذا التفاوت الكبائس في حساب الفلك .

ولو قال : إلى فصيح النصارى وفطير اليهود ، وكان لا يعرف ذلك ، والرجوع فيه إلى النصارى واليهود ، فهذا مجهول ، ولا سبيل إلى اعتماد قول الكفار . هكذا قال الشافعي .

ولو أسلم منهم طائفة ، وأجلوا بالفصح والشعائين ، وكانوا يعرفون ، فمفهوم نص الشافعي في التعليل بالمنع عن الرجوع إليهم يدل على أن ذلك جائز في الدين أسلموا ، وهم لا يحتاجون إلى المراجعة .

ومن أصحابنا من لم يجوز ذلك . ولا محمل له إلا اجتناب التأقيت بمواقيت الكفار . ويمكن أن يقرب من اختصاص المتعاقدين بمعرفة الأجل حتى ينزل هذا على ي ١٤٣ ما ذكرناه في الوصف النادر ، والمكيال النادر / .

فَصِيحُ

قال : « وإن كان ما أسلف فيه مما يكال ، أو يوزن سمياً مكيالاً معروفاً عند العامة . . . إلى آخره » (١) .

٣٤٧٦- القول في هذا الفصل يتعلق بأمرين : أحدهما - ذكر المكيال مطلقاً . والثاني - تعيين المكيال بالإشارة . فأما ذكر المكيال مطلقاً ، فقد تقدم بما ذكرنا العام والمستفيض ، وما لا يعرفه غير المتعاقدين ، وما يعرفه عدلان سواهما . وهذا كالوصف .

والغرض الآخر من الفصل التعيين .

والقول في هذا ينقسم إلى ما يشار إليه ^(١) في بيع العين ، وإلى ما يشار إليه ^(٢) في السلم . فأما تفصيل القول فيما يشار إليه في السلم ، فإن وقعت الإشارة إلى قصعة ما جرى العرف في الكيل بها وبأمثالها ، فقد اتفق الأئمة على بطلان السلم . والسبب فيه أن ملأه ^(٢) مجهول ، والمسلم لا يدري أن ما أسلم فيه ما سعره ؟ أرخص هو أم غال ؟ وينضم إلى ذلك أن القصعة عرضة التلف ؛ فهذا غرر أدخل على السلم من غير مرفق . ولو تلفت القصعة ، لم يدر المتعاقدان إلى ماذا رجوعهما .

وإن أشار إلى مكيال ملؤه معلوم ، وشرط أن يقع الكيل به دون غيره ، ففي المسألة وجهان مشهوران : أحدهما - أن العقد يفسد ؛ لإلزام ما لا يلزم ، مع تعرض ذلك المعين للتلف ، كما قدمناه . والوجه الثاني - أن السلم يصح ، والمعقود عليه ملء ذلك الصاع ، وتعيين ذلك فاسد ، لا يتعلق بغرض العقد ، وقد ذكرنا أن الشرائط التي لا تتعلق بغرض العقد ملغاة ، لا حكم لها .

هذا قولنا في تعيين المكيال بالإشارة في السلم .

٣٤٧٧- فأما التعيين في بيع العين ، فإذا قال : بعتك ملء هذه القصعة من هذه الصبرة ، فالأصح الصحة . وفيه وجه أنه لا يصح ؛ لجهالة المعقود عليه ، والعيان غير محيط بالمبيع ، وإنما إحاطته بطرفه . والأصح الوجه الأول ؛ فإن التعويل أظهر على ما ذكرناه من الغرر في السلم ، ولا غرر هاهنا .

ولو عين مكيالاً معتاداً في بيع العين ، وشرط الكيل به ، فبيع العين والسلم بمثابة في هذه ؛ فإن ملء الكيل معلوم في العقدين ، والمكيال لا يتعين بالشرط فيهما . وإنما الكلام في الحكم بشرط لا يلزم ولا يتعلق بغرض العقد . والسلم الحال بين بيع العين والسلم المؤجل . فمن أصحابنا من ألحقه بالقصعة والمكيال المعلوم بالبيع ، ومنهم من ألحقه بالسلم المؤجل .

(١) ما بين القوسين ساقط من : (ص) ، (ت ٢) .

(٢) كذا بتذكير الضمير على تأويل بمعنى المكيال .

فَضْلُكَ

قال : « ويكون المسلم فيه مأموناً في مَحَلِّهِ . . . إلى آخره » ^(١) .

٣٤٧٨- أراد بذلك أنَّ المسلم فيه ينبغي أن يكون بحيث يغلب وجوده في العادة عند المحل المشروط . فلو كان معدوماً عند المحل ، فالسلم باطل قولاً واحداً ، وهو كما لو جعل محلَّ الرطب الشتاء أو الربيع ، وكذلك لو كان نادر الوجود بحيث يتعذر تحصيله ، وقد لا يصادَف ، فلا يصح السلم . وهذا هو المعني بقول الفقهاء : لا يصح السلم فيما يعسر وجوده ، ومثَّل الأئمة هذا بالسلم في قدرٍ [صالح] ^(٢) من تمرٍ في أول ما يدرك الجنس ، وهو إن وجد ، فقليلٌ يُتَهادى بأكوره ^(٣) ، وظهور التعسر في التحصيل كالعدم ، وهو بمثابة ما لو باع عبداً أبقاً وكان ردُّه عسراً ، فالبيع باطل ، وإن لم يكن مأيوساً .

وهذا فيه فضل نظر .

فإن كان المسلم فيه مما يغلب على القلب فقده ، ولا يبعد - على ندور - وجوده ، فالسلم باطل . وإن كان مما يغلب على القلب وجوده ، ولكن كان لا يتوصل إلى تحصيله إلا بمشقة عظيمة ، ينكف بمثلها الطالبون عن الطلب غالباً ، فمن أئمتنا من ش ١٤٣ قال : السلم باطل في هذه الصورة ؛ لأنه عقد/ غرر ، فلا يحتمل معاناة المشاق العظيمة . ومنهم من قال : إنه يصح . ولعله القياس .

والمسلم إليه إذا التزم أمراً وكان التحصيل فيه ممكناً غالباً ، فعليه الوفاء بما التزمه على يسر أو عسر . والشرط عند هذا القائل إمكان التحصيل في الوقت المشروط من غير استئخار فيه .

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) في الأصل : صاع . والمراد « بقدرٍ صالحٍ » هنا ، أي مقدارٍ كبير غير معهود أو متوقعٍ في بواكير الثمار .

(٣) الباكور : أول ما يدرك من الثمر .

فَصْلٌ فِي

٣٤٧٩- ذكر الشافعي من هذا الموضع إلى آخر الباب تفاصيل ما يجب ذكره من الأوصاف في الأجناس التي يصح السلم فيها ، وعقد بعد نجاز غرضه باباً فيما يصح السلم فيه . ونحن نذكر الأجناس التي ذكرها على ترتيب السواد ، ونورد في كل جنس ما ذكره الأصحاب . ثم نَعْقِبُ المسائل بما وعدناه من الضبط في الصفات ، إن شاء الله تعالى .

قال : « فإن كان تمرأ قال : صَيْحَانِي أو بَرْنِي »^(١) فالمراد أنه إذا أسلم في تمر ، فلا بد من ذكر نوعه ولونه ، ولا بد من ذكر كونه حديثاً أو عتيقاً .

وقد ردد أصحابنا ذكر الحديث والعتيق في الأطعمة . وليس يطرد القول فيها على منهج واحد ، فكل جنس يختلف الغرض والضمن فيه بأن يكون جديداً أو عتيقاً ، كالتمر الذي نحن في بيانه ، فلا بد من التعرض له . وكل جنس لا أثر للحدوث والعتق فيه ، فلا حاجة إلى التعرض لذكره . فلو أسلم في الرطب ، ذكر فيه ما ذكرناه في التمر ، ولا يتعرض للحدوث والعتق .

وإن أسلم في حنطة ، ذكر الأوصاف المقصودة فيها ، وتعرض لنوعها ، فذكر أنها شامية أو مিশانية^(٢) . وإن كان يختلف الغرض باختلاف البقاع ، نسبها إلى الناحية المقصودة ، ويصفها بالحدارة^(٣) والدقة . وذكر بعض أصحابنا أن التعرض للحدوث والعتق واجب فيها ، كما ذكرناه في التمر .

وقال آخرون : لا يجب ذكرهما ؛ فإن الغرض لا يختلف في الحنطة . فإن وقع التعرض لذلك ، كان احتياطاً ؛ فإن العتق المحذور فيها يُدْنِيهَا من التسويس ، ومطلق العقد يقتضي سلامة المسلم فيه ، فلا حاجة إلى ذكر ذلك .

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) نسب إلى (ميشة) من قرئ جرجان (ر . معجم البلدان) . والنسبة هنا على غير قياس .

(٣) الحدارة : الغلظ (معجم) .

٣٦ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

ثم قال الشافعي : ويذكر حالاً أو مؤجلاً . وهذا تعلّق به مَنْ شَرَطَ التعرض للحلول والتأجيل . ومن لم يشترط ذلك وحمل المطلق على الحال - وهو الصحيح - حمل ما ذكره الشافعي على الاحتياط .

ثم قال في الحنطة : يصف حصاً عام مسمّى . وهذا إن كان مقصوداً ، فالأمر فيه يتوقف على أن ذلك هل يدرك ، وإن أدرك ، فهل يشيع إدراكه ؟ وقد مضى فيه قول بالغ .

فَصَحْحُ

قال : « ويكون الموضع معروفاً... إلى آخره »^(١) .

٣٤٨٠- من أصحابنا من قال : أراد الموضع الذي يرتفع^(٢) منه الطعام المسلم فيه ، فيذكر أنه تمر ناحية كذا ، وفُرض فيه إذا كان الغرض يختلف بهذا ، أو كانت الناحية التي سماها لا يخلف^(٣) ريعه غالباً .

فإن كان موضعاً ضيقاً كقرية صغيرة ، أو مَحِلّة ، أو بستان ، فقد أطلق أصحابنا أن هذا النوع من التعيين يُبطل السلم .

وفي هذا نظر ومباحثة . فإن أشار إلى نخلة أو نخلات ، أو بستان يحوي نخلات ، فالسلم باطل . واختلف أصحابنا في تعليقه : فمنهم من قال : سبب البطلان التعيين ، وهو منافٍ للذنيّة المرسلة . وحق المسلم فيه أن يكون ديناً مرسلأً ينبسط الملتزم^(٤) في تحصيله على يسر ، فإذا عُينت نخلة أو نخلات ، ضاق مجال التحصيل . وكان المعين عرضة للآفات ، فيجتمع فيها ظهورُ توقع الآفة ، وضيق مجال التحصيل .

وهذا القائل / يقول : المعتبر ما دللنا عليه بمنظوم الكلام ومفهومه ، حتى لو عيّن

ي ١٤٤

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) يرتفع : يتنقل . (معجم) .

(٣) في (ت ٢) : يختلف . ويخلف معناها يتخلف ، وينقطع .

(٤) في (ص) ، (ت ٢) : ينبسط المسلم الملتزم .

ثمار ناحية متسعة يبعد أن يعمها آفة ، ولا يضيق مجال التحصيل فيها ، فالسلم صحيح .

وسلك بعض أصحابنا مسلماً آخر فقيهاً^(١) فقال : كل تعيين يضيق المجال ، يفسد السلم ، وإن لم يضيق المجال ، فالشرط أن يفيد التعيين نوعاً في المذكور ، وهو بمثابة تمر البصرة ، أو تمر ناحية أخرى ، لو قيس به تمر ناحية أخرى . وإن جمعهما الصنف اشتمالاً لا يجمعهما النوعية ، وهذا كالمعقلي البصري ، يمتاز عن المعقلي البغدادي لا محالة . وهذا عام في فواكه النواحي . ولعله من الأهوية والتربة ، في مطرد العرف .

فما كان كذلك ، صح . وما لم يكن كذلك ، فالتعيين فيه مفسد ؛ فإنه تعيين لا غرض فيه .

فخرج أن من أصحابنا من اعتبر في الجواز اتساع^(٢) المحل ومنهم من اعتبر ذلك ، واعتبر معه غرض النوعية . ثم من لم يعتبر غرض النوعية ، ففي قوله احتمال عندي ، يجوز أن يتعين ربيع القطر الذي عينه ، ويجوز أن يقال : الغرض تحصيله أو تحصيل مثله ، ويلغو ذكر التعيين ، كما يلغو تعيين الصاع في وجه إذا كان له أمثال . ومن اعتبر النوعية ، فإذا عينها وبنى العقد عليها ، فلو فرض تمر بغداد مساوياً لتمر البصرة من كل وجه ، فهذا القائل يكتفي به لا محالة ، ويقول : لم يكن الغرض بتعيين الناحية التعيين على الحقيقة ، ولكن الغرض العبارة عن النوع . [والأوصاف]^(٣) قد لا تصاغ لها عبارات فردة ، وإنما تستبان بالإضافات .

هذا تفصيل القول في التعيين المصلح ، والتعيين المفسد .

٣٤٨١- ومن أصحابنا من حمل قول الشافعي : « يكون الموضع معروفاً » على مكان التسليم . والنصوص مترددة في هذا ، والأصحاب مختلفون فيه .

(١) في (ص) ، (ت) : فقيهاً .

(٢) في (ص) : اتباع ، (ت) : اتباع المحل .

(٣) ساقطة من الأصل .

والترتيب أن عقد السلم إن جرى في مكان لا يصلح للتسليم بأن كان في مفازة ، فلا بد من تعيين مكان التسليم .

وإن وقع العقد في مكان يصلح لتسليم المعقود عليه فيه ، فهذا موضع التردد .

من أصحابنا من قال : إن كان لحمل المسلم فيه مؤنة ، وجب تعيين مكان التسليم ذكراً ، فإن لم يذكر ، فسد العقد ، وإن لم يكن لحمل المسلم فيه مؤنة ، ففي المسألة قولان : أحدهما - يجب التعيين ؛ فإن الأغراض تختلف باختلاف أماكن التسليم ، وليست المؤنة كل الغرض . والثاني - لا يجب ، ويحمل مطلق العقد على استحقاق التسليم في مكان العقد .

ولم يصِر أحد إلى صحة العقد ، وإرسال مكان التسليم ، بل إما الفساد وإما تعيين مكان العقد .

وهذه الطريقة في الترتيب هي الصحيحة .

ومن أصحابنا من عكس ، وقال : إن لم يكن للحمل مؤنة ، لم يعتبر المكان ، وتعين مكان العقد . وإن كانت ، فقولان : أحدهما - الفساد . والثاني - الصحة . ووجهه أن العرف يحمل التسليم على مكان العقد .

وهذا لا يسلمه القائل الأول .

ومن أصحابنا من طرد القولين فيما فيه مؤنة ، وفيما لا مؤنة فيه .

وطرد المحققون أصلاً على هذا في جميع الديون ، فقالوا : إذا عجل من عليه الدين المؤجل ما عليه ، فامتنع مستحق الدين ، فإن كان له غرض من توقي نهب أو غارة ، أو فساد يتسرع إلى ما يقتضيه ، فله الامتناع . وإن لم يكن له غرض في الامتناع ، نُظر : فإن كان للمعجل غرض في التعجيل من فك الرهن أو غيره من ش ١٤٤ الأغراض / الصحيحة ، فظاهر المذهب أن مستحق الدين مجبر على قبضه ؛ إذ لا غرض له في الامتناع ، وللمعجل غرض [في التعجيل . وإن لم يكن للمعجل] ^(١) غرض ظاهر ولا للممتنع غرض بين ، ففي المسألة قولان .

ومن أصحابنا من قال بطرد القولين في الدين المؤجل ، وإن كان للمعجل غرض .

ثم كيفما فرض الأمر ، فمقصودنا من الفصل أنا إن أجبرنا على القبول ، أو فرضنا في الدين الحال ، وجربنا على الأصح من أنه يجبر المستحق على القبول ، وإنما يجري الإيجاب إذا كان المسلم يُسلم ما عليه في المكان المتعين شرعاً أو ذكراً ، فمن أراد التسليم في غيره ، لم يجز ، ولم يجبر صاحبه .

٣٤٨٢- ثم قال الشافعي : « ولا يستغنى في العسل . . . إلى آخره »^(١) .

إذا أسلم في العسل ذكر في أوصافه أنه جبلي ، أو بلدي . والجبلي خير ، وأنه خريفي أو ربيعي ، والخريفي خير ، ويصف اللون ، ويختلف الغرض فيه . ولا يشترط أن يذكر كونه مصفى من الشمع ؛ لأن الإطلاق يقتضي ذلك ، واسم العسل لا ينطلق على الشمع . ثم إن أتى به مصفى بالشمس أو بالنار اللينة القريبة من الشمس حتى لا تعقد أجزاء العسل ، ولا تزيد على تمييز الشمع ، فيقبل ذلك . وإن كانت النار أثرت في التعقيد ، لم يقبل .

ولا حاجة إلى ذكر هذه التفاصيل في العقد ؛ فإن العسل المطلق هو النقي عن الشمع ، من غير أن يلحقه عيب . والتعقيد في العسل عيب ؛ ولا حاجة في السلم إلى التعرض للبراءة من العيوب ، لا مجملًا ، ولا مفصلاً ؛ فإن استحقاق السلامة مقتضى إطلاق العقد .

ولو جاء بعسل ذائب ، فإن كان بحرارة الهواء ، قبل ، وسيتماسك إذا اعتدل الهواء . وإن كان انمياعه بعب ، لم يقبل .

والسلم في الشَّهْد^(٢) جائز ، وإن كان مركباً . وهذا النوع من التركيب له أثر في بيع العين . ولذلك لم نجوز بيعَ الشَّهْد بالشَّهْد ، وجوزنا بيع اللبن باللبن . والسبب فيه أن تعويل السلم على الوصف ، لا على صورة التركيب والاتحاد ، والوصف يحيط

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) الشَّهْد (بفتح وضم) : العسل في شمعته .

٤٠ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك
بالشَّهَد ، وليس كالمعجونات ذوات الأخلاط المقصودة ؛ فإننا سنذكر بعد هذا أن
السلم فيها باطل ، ونوضح الفرق إذ ذاك .

٣٤٨٣- ثم قال : « ولو اشترط أطيب الطعام أو أردأه لم يجز . . . إلى آخره »^(١) .
أما لو ذكر الأجود ، فإنه لا يجوز ؛ فإنه لا جيد إلا ويُرتَقَب فوقه أجود منه ،
فيؤدي ذكر الأجود إلى نزاع لا ينقطع . وأما ذكر الجيد ، فليس كذلك ؛ لأنه ينزل على
أدنى درجات الجودة ، وتنقطع الخصومة .
وأما السلم في الرديء شرطاً وذكرًا ينظر فيه ، فإن كان رداءة النوع ، كالسلم في
النوع الرديء من التمر ، مثل مصران الفارة ، والجُعرور ، فالسلم صحيح .
وإن لم يتعرض للنوع الرديء ، ولكن ذَكَرَ لفظَ الرديء مع ذكر النوع ، فالسلم
باطل ؛ فإن الرديء إذا لم يرد به النوع ، جر نزاعاً لا ينقطع ؛ فإن المسلم يأتي برديء ،
فيقول المسلم : هذا غاية في الرداءة ، ولست أرضى به ، ودون هذا رديء لا يبلغ
هذا المبلغ في الرداءة .

ي ١٤٥ ولو أسلم في نوع وعيَّنه ، وذكر الأردأ ، ففي المسألة/ قولان : أحدهما - أن العقد
يبطل لذكر الرديء . والثاني - لا يبطل ، فإن جاء المسلم إليه برديء ، فقال المسلم :
أريد أردأ من هذا ، لم يلتفت إليه ، وعُد متعتاً في طلب الأردأ . وإن طلب أمثل مما
جيء به ، لم يكن له ذلك ، وقد ذكر الأردأ .

وقد ردد الشافعي شرط الجيد في كل صنف . واتفق الأئمة على أن ذكر الجيد ليس
بشرط ؛ فإن مطلق الجيد معناه السليم من العيب ، وهذا يقتضيه العقد من غير ذكر ،
فإن ذكر ، فلا بأس ، وكان احتياطاً .

٣٤٨٤- ثم قال : « وإن كان ما سلف فيه رقيقاً . . . إلى آخره »^(٢) .

ذكر في أوصاف العبيد ألفاظاً ، نذكرها ، ونذكر اختلاف الأصحاب في معناها ،
ولا اطلاع على المرعي من صفات العبيد والحيوانات إلا في الفصل الضابط .

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

قال الشافعي رحمه الله عليه - قال : « عبداً نوياً خماسياً أو سداسياً ، ووصف سنّه »^(١) .

فمن أصحابنا من قال : أراد بالخماسي والسداسي ذكر المولد ، أي بذكر أنه خمس أو ست ، وقوله : « ووصف سنّه » أراد الأسنان المعروفة ، أي يذكر أنه أفلج الأسنان أو أدردها ، وغير ذلك من صفات الأسنان . قال الأصحاب : وهذا احتياط ليس بواجب .

ومنهم من قال : أراد بالخماسي والسداسي القامة ، أي يذكر أن طوله خمسة أشبار أو ستة أشبار . وهذا القائل يقول : قوله ووصف سنّه أراد به المولد . وقال الأئمة : لا بد من ذكر السن والنوع ، فيذكر أنه تركي أو هندي ، واللون : فيذكر أنه أسود ، أو أبيض . ولا بد من ذكر الأنوثة والذكورة - ثم معرفة السن من المولودات فينا متيسرة . فأما الجليلة فقلماً يُعرف سنّها إلا أن تُفرض بالغاً ، فيرجع إلى قولها .

٣٤٨٥- ثم قال : « ولا يشترط معها ولدها . . . إلى آخره »^(٢) .

أراد به إذا وصف جاريةً وصفاً يضبطها ، وشرط أن يكون معها ولدها الرقيق ، فهذا باطل ؛ لأنه يتصل بما يعزّ وجوده .

والقول في ذلك يتفاوت ، فالزنجية التي لا تكثر صفاتها لا يعزّ ولدها معها . وإن كانت الجارية تُطلب^(٣) حَظِيَّةً وسُرِّيَّةً^(٤) ، فصفاتها تذكر ؛ فتكثر ، فإذا ضم إليها شرط ولدها ، التحقت بما يعزّ . وقد ذكرنا التفصيل فيما يعزّ وجوده ، وما يمتنع السلم فيه لأجل العزّة .

فإن أسلم في جارتين ، وتناهى في وصفهما ، فجاء بهما وإحدهما أم والأخرى بنت ، فلا بأس إذا كانتا على الصفات المطلوبة .

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٣) ساقطة من (ص) ، (ت ٢) .

(٤) في (ص) : أو .

٤٢ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

وإن أسلم في جارية وشرط كونها حبلى ، فإن جرَّ ذلك عِزَّةً ، لم يصح السلم .
وإن كان لا يعز [ذلك]^(١) بأن لا تكون الجارية مطلوبة للتسري ، وإنما تُطلب
للحضانة ، فهذا الآن وإن كان يعم ، يخرج على القولين في أن من اشترى جارية معينة
على أنها حبلى هل يصح ذلك ؟

والقولان يقربان في الجارية المعينة ، فما استنبطه الأئمة من القولين من معاني كلام
الشافعي في أن الحمل هل يقابله قسط من الثمن ؟ [فإن قلنا : لا يقابله ، فهو صفة ،
ولا يعد في ذكر الصفات الممكنة . وإن قلنا الحمل يقابله قسط من الثمن]^(٢) فإذا
ذكر ، فقد جرَّد مقصوداً ، وهو مجهول ، فالسلم يخرج على هذا .

٣٤٨٦- ثم قال : « وإن كان في بعير ، قال : من نَعَم بني فلان ، فثني غير مُودَن نقي
من العيوب ، سبط الخلق ، أحمر مُجَفَّر الجنين »^(٣) .

والثني الذي استكمل خمس سنين ، والمُودَن الناقص القصير ، ومُجَفَّر الجنين
عظيمهما .

ش ١٤٥ قال الأصحاب : أمّا ذكر الثني ، فلا بد منه / ، فيذكر أنه ابنة لبون أو بنت
مخاض . أو ما يريده . والتعرض للذكورة والأنوثة محتوم .

قال : « ويذكر أنه من نَعَم بني فلان » .

والغرض يختلف بهذا . والشرط أن تتسع نَعَم بني فلان ، بحيث لا ينتهي الأمر إلى
عِزَّة الوجود .

فأما قوله : « نقياً من العيوب » ، فاحتياطٌ ؛ فإن مطلق العقد من اقتضاء السلامة
يغني عن هذا .

ثم ذكر السلم في الخيل . فلا بد من ذكر النوع ، عربي أو تركي ، وذكر الألوان ،

(١) في الأصل : السلم .

(٢) ساقط من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك _____ ٤٣

والأسنان لا بد منه . وقال الأصحاب : الشيات^(١) ذكرها احتياطاً كالأغر ،
واللطيم^(٢) ، والمجّجل ونحوها . فلا يجب التعرض لذلك .

٣٤٨٧- ثم قال : « يصف الثياب ويذكر جنسها ، وأنها من كتان أو قطن أو
إبريسم ، والصفافة والركة ، واللين والخشونة ، والطول والعرض ، ونسج البلد :
اسكندراني أو يمانني أو هرّوي أو مزوي »^(٣) .

قال الأصحاب : هذا إذا كان يختلف الغرض باختلاف نسج البلاد ، فأما إذا كان
نَسْجُ ذلك الثوب في البلاد على قريب من الاستواء ، فلا معنى للذكر .
وذكر السلم في النحاس ، فيذكر النوع واللون . والقدر لا بد منه .
والحديد يذكر أنه ذكر^(٤) أو أنثى^(٥) .

فأما الأواني المتخذة من هذه الجواهر ، ففيها كلام يأتي في الباب المشتمل على
ذكر ما لا يجوز السلم فيه .

٣٤٨٨- وذكر السلم في اللحم . وهو جائز ، فيذكر الجنس والنوع : لحم بقر أو
غنم ضأن أو ماعز ، من رضيع أو فطيم . ويذكر المحل الذي منه يعطى ، ويبين أنه
لحم فخذ ، أو كتف ، أو جنب . ويذكر الذكورة والأنوثة . وإذا شرط الذكورة ، ذكر
أنه خصي أو غيره ، ويذكر أنه لحم راعية أو معلوفة . ثم الاكتفاء في العلف بالمرة
والمرات ، حتى ينتهي إلى مبلغ يؤثر في اللحم ، ولا يشترط أن يبين كونه منزوعاً عن

(١) الشيات جمع شية ، وهي العلامة ، أو سواد في بياض ، وبياض في سواد ، وكل ما خالف
اللون في جميع الجسد . (معجم) والمراد هنا العلامات تكون في الخيل .

(٢) اللطيم من الخيل : الذي يأخذ البياض خديه . (مصباح) .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ ، مع اختلاف في اللفظ .

(٤) لما أصل إلى معنى لذكورة الحديد وأنوثته ، ولم يذكره الأزهري في غريب ألفاظ الشافعي ، مع
أنه ذكر ألفاظاً أوضح من ذلك ، ولعله كان معروفاً عندهم ، فلم يحتج إلى بيانه ، ويلوح لي أن
الأمر يتعلق بالصلابة وقابلية الطرق ، فالحديد منه : الزهر ، والمطاوع ، والصلب
(المعجم) .

(٥) ر . المختصر : الموضوع السابق نفسه .

٤٤ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

العظم ، بل يصح السلم مطلقاً ويجبر المسلم على قبول العظم المعتاد ، في العضو المذكور ، وينزل العظم في اللحم منزلة النواة من التمر .

ثم قال : « وأكره اشتراط الأعجف والمشوي والمطبوخ »^(١) .

وهذا كراهية تحريم ؛ لأن الأعجف معيب ، وشرط العيب مفسدٌ ، وهو شرط الرديء الذي سبق الكلام فيه . فإن أراد بالأعجف الذي لم يستمن ، فلا بأس .

وأما المشوي والمطبوخ ، فقد قال الأصحاب : لا يصح السلم فيهما ، لخروج أثر النار عن الضبط .

هذا مقتضى النص وهو الذي أطلقه الأصحاب في الطرق .

قال الصيدلاني : إن كان الشي والطبخ بحيث يمكن ضبطه ، فلا بأس ، وهو كالسلم في الخبز ، ولا خلاف في جواز السلم في الخبز . و[الطَّلِي] ^(٢) والدَّبْس ، والسكر ، والفانيد .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً بعيداً في منع السلم في الدَّبْس والخبز ، أخذاً من منع بيع الدبس بالدبس . والأصح الجواز . والفقيه من يُنزل كلَّ باب على معتاده ، والمماثلة مرعية في بيع الأعيان الربوية المتجانسة ، وذلك يختلف باختلاف تأثير النار ، كما قررناه في باب الربا ، والمرعي في السلم قربُ الضبط . وهذا مع الوصف البالغ في الدبس والخبز قريبٌ .

٣٤٨٩- وذكر السلم في لحم الصيد^(٣) ، وسبيل الوصف فيه بين . وينبغي أن يكون بحيث لا يعزّ وجوده .

وذكر السلم في السمن ، فنقول سمن ماعز ، أو ضأن ، أو بقر . وإن كان يختلف بالبلاد ذكرها .

ي ١٤٦ وذكر السلم في اللبن ، وبين أوصافه على ما / ينبغي . وذكر من جملتها

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٧ ، ٢٠٨ .

(٢) ما طبخ من عصير العنب . (معجم) . وهي ساقطة من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك _____ ٤٥
الأوارك^(١) ، وهي التي ترعى الأراك ، والمعلوفة ، والراعية . فإن كان الغرض يختلف
بجميع ذلك ، فهي مشروطة . وإن كان الأمر لا يختلف ، فلا يشترط ذكر ما لا يختلف
الغرض به . ولا يشترط أن يقول لبن حليب ؛ فإن الإطلاق يقتضي انتفاء الحموضة ؛
إذ الحموضة في اللبن عيبٌ ؛ ولا يجوز السلم في المعيب .
قال : « ولا يسلم في المخيض ؛ لأن فيه ماء »^(٢) .

فإن كان كذلك ، فهو ملتحق بالمختلطات ، وسن عقد فيها فصلاً الآن . وإن لم يكن
فيه ماء ، فالسلم في المخيض جائز .
فإن قيل : إنه حامض . قلنا : أدنى حموضة في المخيض مقصودة . والحموضة
في اللبن عيب .

فصل في

قال : « وكذلك كل مختلط . . . إلى آخره »^(٣) .

٣٤٩٠- منع الشافعي السلم في المختلطات ، وقد رتبها العراقيون ترتيباً حسناً .
فقالوا : هي على أربعة أوجه : فمنها مختلط من جهة الخلقة ، وهو في نفسه يعد
موصوفاً مضبوطاً ، فالسلم فيه جائز كاللبن ، والشهد .
ومنها مختلط خليطه من مصلحته ، وذلك الخليط في نفسه غير مقصود ، وهو
كالجبن تخالطه الإنفحة^(٤) ، ولكنها غير مقصودة في نفسها ، وكأنها كالمستهلكة ،
والجبن على حكم الجنس الفرد ، وكذلك الخبز فيه الملح والماء ، ولكنهما غير
مقصودين .

والضرب الثالث - مختلط ذو أركان ، وكل ركن منه مقصود ، ولا ينضبط أقدارُ

(١) أوركت الإبل رعت الأراك ، فهي أوارك .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

(٤) بثقل الحاء ، وتخفيفها . وفيها لغة بالميم المكسورة ، بدل الهمزة المكسورة . (المعجم) .

٤٦ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

الأخلاق ، فلا يصلح السلم فيه ، كالأغالية من العطر ، والمعاجين والجوارِشَنات^(١) ،
وكالهرايس من المطبوخات ، ومعظم المرق ذواتِ الأخلاق المقصودة .

والضرب الرابع - مختلط في الصورة ولكن يتأتى ضبط ذلك لكل قسم منه ، وهو
مثل الثياب التي نسجت من الغزل والإبريسم ، والخزوز^(٢) بهذه الصفة . فإن لم يتأت
الضبط ، فالسلم باطل ، كالسلم في المعاجين .

وإن أمكن الضبط ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن السلم يصح لإمكان
الضبط . والثاني - لا يصح ؛ فإن أحد القسمين لا يتميز في الحسن عن الثاني في الثياب
العتائية^(٣) ونحوها . وهذا عندي قياسٌ .

ونقل بعض المعتمدين أن الشافعي نص على جواز السلم في الخزوز ، فإن صح
هذا ، فالخزوز أنواع ، فلعله جَوَز السلم فيما يتحد جنسه ، ومنه ما لا يكون كذلك .

ولو جوزنا السلم في الثياب المختلطة من غير أن يتميز في الحسن قسم عن قسم ،
لوجب تجويز السلم في المعاجين تعويلاً على قول العاجن ، وإذا لم يجز ذلك ، فسبب
المنع ما يتوقع من تنازع بين المسلّم والمسلّم إليه . ومثل هذا غير محتمل في السلم .

وعدّ المزماني لما ذكر المختلطات من الأدوية ، وفنون الطيب من جملة ما لا يجوز
السلم فيه الأدهان المربعة^(٤) المطيَّبة ، كدهن البنفسج والورد ، وما أشبههما . وأجمع
الأصحاب على أن ما قاله غلط غيرُ راجع إلى مأخذ الأحكام ، ولكنه أمرٌ تخيله في
التصوير ، فظن أن هذه الأدهان خالطها أشياء ليست منها ، وهذا خطأ ؛ فإن أصول

(١) الجوارِشَنات ، يظهر من السياق أنها نوع من المخلوطات . وفي اللسان عن النهاية لابن الأثير :
« أهدى رجل من أهل العراق إلى ابن عمر جوارِشَن ، قال : هو نوع من الأدوية المركبة ، يقوي
المعدة ، ويهضم الطعام » ، قال : « وليست بعربية » . (اللسان : مادة : ج . ر . ش .
ن) .

(٢) الخزوز جمع خز ، وهو ما ينسج من الثياب من صوفٍ وإبريسم .

(٣) لعلها نسبة إلى محلة ببغداد بهذا الاسم (ر . الأنساب للسمعاني) . وهو نوع معروف من
الثياب ، كان سداه من الغزل ولحمته من الحرير ، وقد سبق الكلام عنه عند ذكر ما يحل
وما يحرم من الثياب ، وكان ذلك في صلاة الخوف . فراجع ، إن شئت .

(٤) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

هذه الأدهان الشيرج ، ثم إن السمسّم يمزج بالورد والبنفسج وغيرهما ، حتّى يتروّح بها عن مجاورة ، ثم يعتصر السمسّم ؛ فإذا هو شيرج محض ، واكتساب الروائح بالمجاورات لا تمنع صحة السلم .

وعد العراقيون خل التمر والزبيب من المختلطات التي يجوز السلم فيها ، وزعموا أن المقدار المعتبر من الزبيب يدرك بقوة الخل وضعفه ، والمقصود من الخل حموضته ونفاذه وحدّته ، وهذا يقصد منه كما يقصد من الخل من العنب .

وزعموا أن مُدرك العيان يبيّن ما يعتبر من الإبريسم / والغزل في العتّابي ؛ فإن لهذا ١٤٦ ش الجنس رونق^(١) إذا كان الإبريسم فيه على الحد المقصود ، لا يخفى دركّه على أهل البصائر كما ذكروه .

وما أشار إليه العراقيون وإن كان كلاماً^(٢) ، فلا نقنع بمثله في التوقي من الغرر في أبواب السلم .

هذا ما أردناه في المختلطات .

٣٤٩١- ثم ذكر السلم في اللبأ^(٣) والرائب . وهو شائع ؛ فإنّ المسلم فيه مضبوط ، وقد يُعرض اللبأ على النار عَرَضَةً خفيفة ، ولا اعتبار بها ، ولذلك صححنا السلم في الفانيذ والسكر ، وإن تردد الأصحاب في جواز بيع السكر بالسكر ، وذكرنا الميز بين البابين في المقصودين .

وذكر بعض المعتمدين تردداً في السلم في الدبس قدمنا ذكره .

ثم ذكر أن من أصحابنا من نزل السكر والفانيذ في باب السلم منزلهما في بيع الأعيان .

وقد اختلف أصحابنا في بيع السكر بالسكر ، والفانيذ بالفانيذ . فهذا القائل

(١) كذا في النسخ الثلاث . والصواب النصب اسماً لأن .

(٢) كذا . ولعل هنا إيجازاً بالحذف ، تقديره : كلاماً مشهوراً .

(٣) اللبأ وزان عنب أول اللبن عند الولادة . (المصباح) .

٤٨ _____ كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

يقول : إن جوزنا بيع السكر بالسكر ، يجوز السلم فيه ، وإن منعنا بيع السكر بالسكر ، يمنع السلم فيه أيضاً . وهذا غير صحيح .

ويترتب عند هذا القائل في الدبس والسكر ثلاثة أوجه : أحدها - المنع فيهما . والثاني - الجواز . والثالث - الفصل بين الدبس والسكر .

ورد صاحب التقريب جوابه في السلم في المآورد^(١) ؛ من حيث إنه اعتقد اختلاف تأثير النار فيما يتصعد ويقطر . وهذا في نهاية الضعف لم أره لغيره .

ثم ذكر الشافعي السلم في الصوف ، وأشار إلى الصفات التي ترعى فيها ، وشبهها بما قدمناه ، فمما ذكر أنها طوال أو قصار لينة أو خشنة ، وذكر اللون . وقال : يكون نقياً مغسولاً^(٢) . أما النقاء ، فيغني عنه شرط السلامة ، وأما المغسول ، فإن أراد الغسل ليُنَقَّى من الغبش والقاذورات ، فلا حاجة إلى هذا ؛ فإن اشتراط الصوف المجرد يُغني عن قولٍ غيره ، فإذا الغسل احتياط .

ثم ذكر الكرسف ، والسلم فيه صحيح ، والأوصاف المرعية فيه معلومة ، من اللين والخشونة ، وقد يختلف بالإضافة إلى البقاع . والضابط ما تقدم .

والسلم في الجوز^(٣) المتشقق^(٤) جائز على شرط التقدير بالوزن . ولا يجوز السلم فيما ليس بمتشقق ؛ فإن المقصود منه مستتر بما ليس بمقصود ، ولا يبقى فيه . وإن ظن ظان أن بيعه من أطراف بيع الغائب ، فلا مجال لهذا في السلم ؛ فإن الجهالات لا تحتمل في السلم .

وذكر السلم من الإبريسم ، وذكر مما يعتبر فيه الدقة والغلط ، والنوع ، والناحية التي يجلب منها ، إلى غير ذلك مما يتغير به الثمن والغرض .

(١) « المآورد » : أي ماء الورد ، وهو مشهور معروف ، ولكن قد لا يعرفه بعض أبناء العصر .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

(٣) في الأصل : « غير المتشقق » . « والجَوْزُ » هو القطن . (قاموس) ، وهي في (ص) « جورك » بالراء المهملة .

(٤) في (ص) ، (ت ٢) : المتشق .

٣٤٩٢- ثم قال : « ولا بأس أن يسلم في الشيء كيلاً ، وإن كان أصله الوزن »^(١) .

وهو كما قال . [و]^(٢) قد ذكرنا في باب الربا أن ما كان موزوناً لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلاً ، وما كان مكيلاً في عصر الشارع لا يجوز بيع بعضه ببعض وزناً ؛ فإن باب تحريم التفاضل في الربا مبناه على التعبد ، وباب السلم مبناه على الإعلام واتباع العرف فيما يعد مضبوطاً . وإذا كان يجري الكيل والوزن في شيء ، فإعلامه بكل واحدٍ منهما ممكن .

فهذا ما أطلقه الأصحاب .

وفيه فضل نظر عندي في الأشياء الخطيرة ، فإن فتات المسك يحصره الكيل ، ولست أرى الكيل فيه إعلاماً ، وكذلك العنبر ، وكل خطير . فلعل الوجه أن يقال : ما كان مكيلاً لا يجوز السلم فيه/ بالوزن ، فإنه حاصر ، وما يوزن عرفاً هل يصح^{١٤٧} السلم فيه كيلاً ؟

هذا ينقسم ، فمنه ما يُعدّ الكيل في مثله إعلاماً ، وإن كان الوزن معتاداً ، فليصح هذا ، وما لا يُعتاد الكيل في مثله ضابطاً ، فلا يجوز السلم فيه كيلاً ، وإن كانت صورة الكيل تجري فيه .

وإن كان التعويل على قاعدة واحدة ، فمسائل التردد ناشئة من تلك القاعدة ، ورأى النظر عندي مشترك .

وإن استدرك البعض على البعض ، لم يرجع الخلاف إلى الفقه ، وإنما يرجع إلى أمور حسية ، أو إلى أمور عرفية .

ولو أسلم في شيء يكال ويوزن ، وشرط الكيل والوزن جميعاً ، فهذا ينتهي إلى التعذر الذي يفسد السلم بمثله ، وهو مثل أن يقول : أسلمت في مائة صاع على أن يكون وزنها إذا رد إلى الوزن خمسمائة من . فهذا حكم^(٣) لا يتأتى الوفاء به ، مع

(١) ر . المختصر : ٢٠٨ / ٢ .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) ساقطة من (ص) ، (ت ٢) .

العلم بأن الحنطة يتفاوت وزنها بسبب اكتنازها ، ورخاوتها وصلابتها .

٣٤٩٣- ولا يجوز السلم في شيءٍ عدداً ، وإن كان مضبوطاً ، فليقع السلم باعتبار الوزن ، وهذا كالسلم في البطيخ والسفرجل ، فاكتفاء الناس فيها بالعدد تسامح ، والتعويل على العيان ؛ فإنها تتفاوت في القيم . نعم قد يتفق فيها ما لا يتفاوت قيمها ، وإن كانت مختلفة الأقدار لتسامح أطبق الناس عليه . وهذا كالبيض والجوز ، فلا يجوز التعويل في السلم على العدد ، وذلك أن التسامح الذي حكيناه إنما يقع في مقدار يسير كأعداد قليلة من الجوز والبيض ، وإذا كثر فالجوزات الكبار والبيضات الكبار ، لو جمعت في موضع ، وقيست بالصغار تفاوت الأمر ، وصدقت الرغبة من الكبار ، وظهر تفاوت في الثمن بين ؛ فلا يجوز التعويل على العدد في شيء من المعدودات .

وجوز السلم في البطيخ والسفرجل وزناً ؛ فإن الوزن يحصر وإن لم يحصر العدد .

وذكر شيخنا أن السلم يجوز في البيض وزناً ، وكذلك في الجوز واللوز ، وما في معناهما . وما ذكره في البيض شديد ؛ فإن قشورها لا تختلف اختلافاً به مبالاة . وإن زاد وزن قشور الكبار منها ، فتلك الزيادة على نسبة غير متفاوتة بالإضافة إلى ما يقصد من المح^(١) والماع .

فأما قشور الجوز ، فأراها تختلف ، فمنها رقاق ، ومنها غلاظ ، ومنها ما ينفرك باليد للطفافة القشور ، ومنها ما يحتاج إلى معاناة في كسرها ، فلست أرى السلم مسوّغاً في الجوز وما في معناه . وإن ذكر وزنها .

فإن أمكن ضبط نوع منها بالوصف يُقَرَّب قشورها ، ثم اعتمد الوزن ، ولم يُفَضَّ الأمر إلى عزة الوجود ، فالجواب الجواز إن اقتضى الحال ذلك .

وقد ذكرت أن اختلاف طرق الأصحاب في هذا الكتاب لا يرجع إلى التردد في أساليب الفقه ، وإنما رجوعه إلى ممارسة في الوقائع .

وذكر الأصحاب جواز السلم في اللبن . والتعويل على الوزن ، وقد يجمع إليه

(١) المح : ما في جوف البيضة من صفرة ، أو من صفرة وبياض ، والماع : ما فيها من صفرة ، فالعطف هنا عطف خاص على عام . (معجم) .

العدد ، وهو المعتاد ، ولا عسر في الجمع ، فيسلم المسلم في مائة لبنة ، ويقول : اللبنة الواحدة عشرة أمناء^(١) . هذا لا بد منه وتحصيله لا عسر فيه . ثم إن وقع تسامح في التسليم ، فلا بأس .

والسلم في الآجر^(٢) مما اختلف الأصحاب فيه اختلافهم في الدبس ، والظاهر الجواز ؛ فإن الوصف ممكن ، وتحصيل الموصوف لا تعذر فيه .

ثم ذكر الشافعي السلم في لحم الطيور . والوصف يحيط به فليذكر النوع والعضو الذي يسلم منه ، إن كان يسلم في المقطع ، وإن كان يسلم / في الطير المذبوح غير ١٤٧ ش مقطع ، فالوزن ، والسمن ، والصنف ، وكل ما يختلف الغرض فيه . والطير لا سِنَّ له ، فيوصف بالصغر والكبر ، ويذكر أنه لحم فروج ، أو ناهض . وكذلك الحيتان .

٣٤٩٤- وأما الخشب فإن كانت تراد للحطب ، فأوصافها قريبة فيذكر النوع ، وأنها دقاق أو غلاظ جزلة . والوزن لا بد منه . وقال الأصحاب : لا حاجة للتعرض لليبوسة ؛ فإن الرطوبة والنداة عيبٌ ، والإطلاق يقتضي اليابس . هكذا ذكره المحققون .

وإن كان السلم في الجذوع والعُمد ، فالطول والعرض ، والصنف ، واللون ، ويصح السلم إذا استوت الأجزاء ، فإن اشترط فيها تخريط^(٣) ، وكان يختلف الأعالي والأسافل ، فهذا مما يؤثر في منع السلم عند الشافعي ؛ فإنه لا يدري أن الخشبة من أين تأخذ في الدقة ، ولا ينضبط هذا مع تعلق القصد به . وإذا أسلم في جذع ، ذكر الطول والعرض ، والاستدارة واللون . وفي ذكر الوزن تردد ؛ فإن الوزن لا يقصد في العمد والاسطوانة .

(١) أمناء جمع مناء مثل سبب وأسباب . ويقال : من (بتشديد النون) وجمعه أمناء . والمنا أو المن رطلان بغداديان (معجم ومصباح) .

(٢) ر . المختصر : ٢ / ٢٠٨ ، وفيه تفصيل مفيد ، وبهامشه تعليق جيد لمصححه ، مصحح الطبعة البولية رحمه الله ، وجزاه عنا وعن العلم وأهله خير الجزاء .

(٣) المراد بالتخريط تشكيل الخشب على هيئة شكل مخروطي ، أي مُدَبَّب مرقق من الطرف .

وكان شيخي يميل إلى اشتراط الوزن ؛ صائراً إلى أن كلَّ خشبة تفرض ، فلا يمتنع أن تصير حطباً ، ويكون الوزن إذ ذاك مقصوداً . وهذا فيه نظر .

٣٤٩٥- والسلم في أحجار الرحيّ جائز ، إذا ذكر الطولَ منها والعرضَ والسّمكَ . واتفق^(١) على اعتبار الوزن فيها ؛ فإن ثقلها مقصود ، وهي برزانتها تطحن ، ويختلف هذا برخاوة الأحجار وصلابتها . ثم إذا ذكر الوزن ، فهو ممكن . حتى انتهى الأصحاب إلى تصوير وزن الأرحية الكبار بالسفن وغوصها في الماء . ثم العادة جارية بذكر أمثال هذه الأعلام ، ثم يقع التسامح حالة القبض .

ثم ذكر جواز السلم في أنواع العطر وأمتعة الصيادلة ، كالمسك ، والكافور ، والعنبر ، والأدوية ، ولكل جنس أوصاف مقصودة لا يخفى دركها عند أهل البصيرة . وقد يقصد في بعضها أن تكون قطعاً كبيراً كالعنبر ، فليكن التعرض لهذا .

٣٤٩٦- ثم قال : « لا يُسلم فيما خالطه لحوم الحيات »^(٢) .

والسبب فيه مع الاختلاط أن لحوم الحيات نجسة ، وقد ذكرنا منع بيع النجس . والتداوي بالترياق جائز على حدّ تجويز أكل الميتة . وفيه كلام طويل سيأتي في الأطعمة ، وعنده نذكر التداوي بالخمير . والحدّ المعتبر في التداوي من الحاجة والضرورة .

أما السموم القاتلة الطاهرة ، فهل يجوز بيعها ، قال الأصحاب : إن قتلت بكثرتها لغلبة الطبيعة والقليل منه يستعمل في الأدوية الحارة ، فلا يمتنع بيعه . ومن هذه الجملة السقمونيا ، والحنظل والخَرْبَق^(٣) ، وما في معانيها ، ومنها الأفيون .

فأما السموم التي لا يستعمل جوهرها في دواء ، وهي منافية للقوة الحيوانية بأنفسها

(١) تعقب النووي إمام الحرمين في القول بالانفاق على الوزن في الأرحية . وقال : « ليس الأمر كما ادعى » . (ر . الروضة : ٢٧/٤) .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

(٣) الخَرْبَق وزان جعفر : نبات ورقه كلسان الحَمَل أبيض وأسود ، يستخدم علاجاً ، فهو ينفع الصرع والجنون ، والمفاصل ، وغير ذلك . (القاموس) .

من غير كيفية تُعَقَّل . وهذا هو السلم عند أهله ، فقد قال قائلون : لا يجوز بيعها ؛ فإنه لا خير فيها ؛ إنما هي ضرر كله .

وكنا نقول للشيخ : إذا كانت طاهرة ، فلو أعدت لتستعمل في مكائد مع الكفار ، فهذا وجهٌ في صلاح السياسة والإيالة ، فرأيتَه يتردد في مواضع ، وأراد أن ينزلها منزلة الأسلحة .

ومن قتل إنساناً بسم قتلناه به . فلي تأمل الناظر في ذلك .

٣٤٩٧- ثم قال : « ولو أقاله بعض السلم »^(١) .

قد ذكرنا تفصيل القول في الإقالة ، وأنها فسخ أم لا . ثم قطعنا بأنها في السلم ١٤٨ ي فسخ ، ثم رتبنا كلاماً هو مقصود هذا الفصل . وقلنا : إذا انفسخ العقد في بعض المعقود عليه ، ففي تعدي الفسخ إلى غيره ما فيه ، كما مضى في تفريق الصفقة . وإن أراد [أحد المتعاقدين أن يفرد بالرد بعض المعقود عليه ، ففيه تفاصيل مذكورة في صورة . وإذا أراد]^(٢) المتعاقدان الفسخ في البعض عن تراضٍ ، وهو الإقالة ، فقد صحَّح أئمتنا هذا على التراضي ، ولم يخرجوا على تفريق الصفقة . وقد ذكرت ما يليق بذلك فيما تقدم .

٣٤٩٨- ولا يجزىء في السلم التشريك ولا التولية ، فإنهما بيعان ، وبيع السلم قبل القبض لا يجوز . ومن جَوَّزَ بيع المبيع من البائع قبل القبض ، لم يجوز بيع المسلم فيه من المسلم إليه قبل القبض . وهذا رأيتُه متفقاً عليه . والفرق عسر . والوجه الاستدلال بموضع الوفاق على تزيف الوجه الضعيف في المبيع .

فهذا منتهى ما نقله المزملي في الباب ، وعلينا الآن الوفاء بما وعدناه من ضبط القول فيما يُرعى من الصفات .

(١) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

(٢) ساقط من الأصل .

فَصْلٌ

٣٤٩٩- قد كرر الأئمة في طرقهم أنه يجب ذكر الصفات التي تؤثر في القيمة والأغراض ، وهذا مضبوط لا لبس فيه ، ولا يتطرق إليه إلا شيان : أحدهما - أن من الأشياء ما يهون وصفه ، وليس إذا وصف عزّ ، فيمتنع السلم فيه للعزة ، ومنه ما ينتهي إلى صفة لا تُشيع معرفته ، وفيه ترتيب تقدم ذكره ، إذ ذكرنا ما يعرفه أهل الاستفاضة ، وما يعرفه عدلان ، وما يختص بمعرفته المتعاقدان على زعمهما .

ومما يتعلق بالباب أن الأوصاف التي يمكن الاختصار فيها على قدر الاسم معتبرة ، ثم لا تعتبر غاياتها . وهذا جار في جميع الصفات . وهذا إذا كان الخروج عن الضبط في جهة النهاية . فأما إذا كان الخروج عن الضبط في جهة البداية ، فقيله يمنع السلم ، وعليه بنى الأصحاب منع السلم في المعيب والرديء ؛ فإن المسلم سيقول : سلم إلي ما هو في المرتبة الأولى في العيب المذكور ، والمسلم إليه يزعم أن هذا كذلك ، فلا ضبط ، ولا يمكننا أن نُزلهما على شيء . ومن ضم إلى ما ذكره الأصحاب من الصفات المؤثرة في الغرض والقيمة هذه الأحوال الثلاثة ، استقل بالكلام في الأوصاف .

وكل هذا والمسلم فيه ليس بحيوان .

٣٥٠٠- فأما إذا كان المسلم فيه حيواناً ، فنحن نذكر افتراق مسالك الأصحاب في الحيوانات ، ونستخرج من بينها ضبطاً .

قال العراقيون : إذا أسلم في جارية ، لم يشترط أن يقول في أوصافها دعجاء كحلأ ، وكذلك قالوا : لا يشترط ذكر قدّ الجارية والعبد . وكان الشيخ أبو محمد رحمه الله - يشترط التعرض لجميع ذلك ويقول : لكل صفة عبارة فما غادر الوصفون مقصوداً إلا صاغوا عنه [عبارات] ^(١) فلتذكر . ثم لنقتصر من كل صفة على أدنى

(١) في الأصل : عبارتان .

الدرجات . ومن حمل من أصحابنا الخُماسي والسداسي على القِدَيْن^(١) الطول والقصر ، اعتضد بالنص .

فكان شيخنا يقول : الكَحْل والدَّعَج لا ينقصان عن الجعودة في الشعر والسبوبة . وقد اعتبرهما الأصحاب .

وانتهى تساهلُ العراقيين في الصفات في الحيوانات إلى ما نذكره الآن . قالوا : إذا أسلم في بعير ، فإنه يذكر سنه ويذكر أنه من نَعَم بني فلان إذا كانوا جمعاً كثيراً تكثر النَعَم فيهم . ثم قالوا : إن كان نعمهم لا تختلف ، كفى ذلك ، وإن كان نعمهم تختلف ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنا نكتفي بأقل الاسم على السن المذكور / ١٤٨ ش من نعم بني فلان ، كما نكتفي بأدنى درجات الجودة . والقول الثاني - أنه لا بد من الوصف إذا اختلفت صفات نَعَم بني فلان .

وهذا الذي ذكروه انحلال عظيم وخروج بالكلية عن قياس الباب ، ورضا بالعماية والجهالة ، واعتراف بأن السلم في الحيوان مبناه على احتمال المجاهيل .

وشيخنا كان يتشوف إلى تنزيل السلم في الحيوان منزلة السلم في المكيلات والموزونات ، وطلب نهايات الأوصاف . ومن أحاط باللفظ الذي نقلناه عنه تبين ذلك منه ، إذ قال - رحمه الله - : الصفات المقصودة معلومة ، وعن كل صفة عبارة ، والقاعدة الاكتفاء بالأقل .

٣٥٠١- فإذا بان المسلكان قلنا بعدهما : لا شك أننا لو رُدَدنا إلى القياس المحض ، وأردنا أن ندرك من صحة السلم في المكيلات ، والمثليات ، والمتقومات ، القليلة الأوصاف جواز السلم في الحيوان ، سيما في العبيد ، الوصائف منهم ، والمرموقين من الغلمان ، والخيال العرييات ، ما كنا نستدرك هذا .

والشافعي لم يعتمد معنى السلم في الحيوان ، وإنما اعتمد أخباراً وردت في إقراض الحيوان ، وعلم أن السلم في معنى القرض .

فليعتقد المنصف أن السلم في الحيوان لا يتصور أن يلتزم فيه كل ما يؤثر في

(١) القِدَيْن : مثني : القِدَى : وهو القَدْر . يقال : هو مني قِدَى رَمَح . (معجم) .

الثلث ، أو يتعلق بغرض . وإن أمكن التقريب فيما يؤثر في القيمة ، فَطَمَعُ ضَبِطِ
الأعراض طمعٌ في غير مطعم . فالوجه أن نقول : معظم الأوصاف التي تضيق العبارة
عنها نقائصها عيوب في الحيوانات ، فإطلاق العقد يغني عنها . وهذا جنسٌ عظيم في
الصفات .

٣٥٠٢- ومما نذكره أن الأغراض في الحيوان لا ضبط لها ، والناس على اختلاف
فيها ، ولو ذكر كل ما يقصد في جميع الحيوان ، انتهى الأمر إلى عِزَّة الوجود
لا محالة . وإذا وضع هذا في الخلق ، ثم ضمت الأخلاق إليها ، صار المسلم فيه
عقَاء مُغْرَب^(١) .

فإذا تنبه المتن به لما ذكرناه ، قلنا بعده : كل فنٌ يعتبر في غير الحيوان ، فهو في
الحيوان أولى بالاعتبار . الصنف : وهو يضاهي الأجناس والأنواع . واللون : وقد
تمهد اعتباره . والسن : وهو يناظر الحداثة والعَتَق فيما تقدم ذكره . ولم يعتبر
العراقيون القَدَّ . وهذا خطأ صريح^(٢) ؛ فإننا وجدنا لذلك نظراً في العُمْد والجذوع ،
ولكن الشَّبْر^(٣) بالأشبار لست أراه ؛ فإن مما يتعين محاذرتة الوقوع في العِزَّة ، غير أن
أهل المعرفة يعرفون الطويل ، والرَّبع^(٤) ، والقصير ، والتزليل على أدنى الدرجات
قانون الكتاب^(٥) . فهذه الأمور لا بد منها ، والسلامة فيها غناء عظيم .

وبقي وراء هذا شيان : أحدهما - أن ضبط كل عضو بما يليق به ، وبما يقصد

(١) العقاء طائر معروف الاسم مجهول الجسم والوصف ، أي خرافي متوهم لا وجود له ،
و« مُغْرَب » من أغرب إذا مشى متجهاً إلى جهة الغرب . وهذا اللفظ إشارة إلى المثل المأثور
« حلقت به عقاء مُغْرَب » يضرب لما بلغ اليأس من الحصول عليه غايته (مجمع الأمثال :
٣٥٧/١) .

(٢) تعقب الإمام النووي إمامنا في هذا النقل ، وقال : « إن الموجود في كتب العراقيين القطع
بوجوب ذكر القَدَّ (ر . الروضة : ١٨/٤) وكذا تعقبه الرافعي قائلاً : إن كتبهم مشحونة بأنه
يجب ذكر القَدَّ » (ر . الشرح الكبير : ٢٨٩/٩) .

(٣) الشَّبْر : القياس بالشَّبْر . من شبر الثوب شبراً إذا قاسه بشبره (معجم) .

(٤) الرَّبْع : الوسيط القائمة . (معجم) .

(٥) يقصد قانون كتابه هذا ومنهجه .

منه ، لا سبيل إليه . وإن كانت القيم تختلف بهذا اختلافاً بيناً .

والكلام في صفاتٍ تداولَ أهل البصائر اللهج بها كالذَّعَج والكَحَل ، وكون الوجه مُكَلِّثاً ، أو أَسِيلاً . وهذا موضع النظر . فلم أر للعراقيين التعرضَ لهذا . واعتبرها شيخنا . فلو وصف في السلم عضواً أو أعضاء ، ولم ينته إلى العزة ، فلا بأس . ولكن لا يشترط الخوض فيه ؛ إذ لو شرط الخوض فيه ، لاشتراط استيعابه ، وفي الاستيعاب العزة ، وفي ذكر البعض قبل الانتهاء إلى العزة تحكّم .

فإن قيل : ليصف إلى أن ينتهي إلى إمكان العزة . قلنا : من أي طرف يتبدى ؟

فإن قال قائل : فما قولكم في التعرض لكونها خميصاً ، مثقلةً الأرداف ، ريانة السيقان/ ، شَنَّة الأصابع . قلنا : هذا كالكَحَل والدعج . وقد مضى قول الأصحاب ١٤٩ ي فيه .

٣٥٠٣- فقد تَنَخَّل من مجموع ما ذكرناه أنه يذكر في الحيوان ما يذكر في سائر الأجناس التي يُسَلَم فيها ، أو يذكر فيها ما يداني المذكورَ فيها ، كما ذكرناه في الطول والقصر ، فإنه يداني القدر في المقدَّرات ، أو الطول في المذروعات .

ووصف كل عضو مع إمكانه لا يشترط . وكل صفة نقيضها عيب ، فلا حاجة إلى ذكرها ، وهي كثيرة ، والأمور الجُمليّة التي تذكر في الترغيبات ، وتوجيه الطلبات نحو الحيوانات كالكَحَل ، والدعج ، ودِقّة الخصر ، وثقل الأرداف ، وتكَلِّثُ الوجه ، وما في معانيها في محل الخلاف ، لم يشترطها العراقيون ، وشرطها المراوزة .

وموضع زلل العراقيين قولهم : لا يشترط القدّ وذكره ، وهذا خطأ ؛ فإن أهل العراق^(١) مطبقون على ذكره ، والقيمةُ تختلف به ، ولا يفضي الأمر إلى العزة ، وهو على مضاهاة الأقدار في المقدَّرات . ولا شك أن الحرفَ ، وإن كانت مقصودة ، فلا يشترط التعرض لها .

(١) المراد بأهل العراق هنا سكّانه وقاطنوه ، وليس فقهاء المدرسة العراقية من الشافعية . وإلا كان الكلام متناقضاً . وقد أشرنا آنفاً إلى تعقب النووي لإمام الحرمين . وتخطّته في هذا النقل عن العراقيين .

وكنا نذكر للشيخ أبي محمد الملاحه ، وكان ينقل عن شيخه القفال تردداً في اشتراطها : تارة كان يقول : ليست الملاحه معنىً ، بل كلُّ يشتهي فناً ويستملح صفة ، وقد يستقبح غيره تلك الصفة . وهذا في تناصف^(١) الخلق ، وفي عُرض^(٢) الاعتدال ، من غير خروج إلى حد العيب .

وكان شيخنا يميل إلى اعتبار الملاحه ، ويقول : هي صفة معلومة ، لا ينكرها أهل المعرفة ، ثم التنزيل على ما ينطلق عليه الاسم .

فهذا منتهى الإمكان في ذلك ، ومبناه على اعتقاد خروج الحيوان عن قياس الباب وقد يتفق السلم في حيوان ينضبط بصفات معدودة من غير عُسرٍ ، ولا عزة ، فيجب التشوّف إلى الضبط فيه .

* * *

(١) تناصف الخلق : استواؤه . يقال : تناصف وجهها حسناً : استوت محاسن أعضائه . (المعجم) .

(٢) عُرض الاعتدال : حد الاعتدال . أخذاً من عُرض البحر أي وسطه (معجم) .

بَابُ مَا لَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلْمُ

٣٥٠٤- ذكر الشافعي - رحمة الله عليه - في الباب الأول ما يجوز السلم فيه ، وأراد الإيناس بذكر الأوصاف ، فذكر أجناساً ، وأشار في كل جنسٍ إلى ما يليق به ، ومقصوده في هذا الباب أن يُبين ما لا يجوز السلم فيه ، ويشير إلى وجوه امتناع الوصف ، حتى يجتمع للنظر من الباب الأول وهذا الباب ما يفيد الامتناع ، وما يفيد التجويز . وقد صدر الباب بالنبل فقال : « لا يجوز السلم في النَّبْلِ »^(١) .

والأمر على ما قال . وسبب المنع التركب من أركان : الخشب والعقب^(٢) ، والريش ، والنصل في مكان الرُعْظ^(٣) . وكل جنس من هذه الأجناس مقصود القدر في السهم ، وهو مجهول ، وفيه التخريط^(٤) ، والأخذ في الدقة عن غِلْظ ، وهو يتضمن جهالة ، والغرض يختلف به اختلافاً بيناً . هذا معلومٌ ، لا يلزم عليه إلا أن يعارض بالحيوان .

وقد ذكرنا أنه خارج عن قياس الباب ، وقد انتهض بعض الأصحاب للانتصار فقال : « أفراد أركان الحيوان ليست مقصودة ، وإنما المقصود البنية » . ولا شفاء في هذا ما لم يحط المرء بما ذكرناه .

ويجوز السلم في خشب النَّبْلِ ، وفي بيع السهم وعليه الريش ، نظراً ؛ لمعنى في بيع العين ؛ فإن الريش المستعمل على الشاب نجس ، على القول الظاهر . وقد يقع

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٩ .

(٢) العقب : بفتحتين : العصب الذي تعمل منه الأوتار . (المعجم) .

(٣) الرُعْظ : يقال : رُعِظَ السهم رُعْظاً : جعل له رُعْظاً . والرُعْظُ مدخلُ سِنَخِ النصل ، وفوقه لفائف العقب . (قاموس) .

(٤) « التخريط » : التشكيل على هيئة مخروطية ، مدببة الرأس ، مأخوذ من الشكل المخروطي (معجم) .

الكلام في تفريق الصفقة على تنجيس الريش ، فالوجه بيع الشابة دون الريش ، فيكون كبيع ثوب متضمّن بالنجاسة .

فصل في

ش ١٤٩ قال : « ولا في اللؤلؤ ، ولا في الزبرجد... إلى آخره »^(١) .

٣٥٠٥- قال أصحابنا : يمتنع في النفائس من هذه الجواهر ، وعلل بعضهم بأن الضبط غير ممكن ، وليس الأمر كذلك ؛ فإن الضبط غير مقصود على أقصى الوجوه ، فيقال : ياقوته وزنها كذا ، وشكلها كذا ، لحمية أو جمرية ، أو وردية ، أو رمانية . ويقال : لؤلؤة مدحرجة ، صافية اللون ، براقّة البياض . وزبرجد أخضر ريحاني ، أو [سَلْقِي]^(٢) .

فسبب المنع أن الأوصاف إن لم تذكر ، كان السلم فيه مجهولاً ، وإن ذكرت جرّت عزة .

والسلم في اللآلئ الصغار التي تباع وزناً ولا يُجرّد النظر إلى آحاد حباتها ، جائز . وكان شيخني يقول : يجوز السلم في الدرّ التي يُتَحَلَّى بها ، إذا لم تثقل ، وكان في الحبة سدس مثلاً ؛ فإن هذا لا يعز وجوده .

ومنع بعض الأصحاب ذلك ، فإن اتفاق السدس من غير مزيد ولا نقصان ، مع استجماع الصفات المرعية نادر . والمسألة محتملة .

فإذا مدار الفصل^(٣) على الجهالة والإفضاء إلى العزة . وأن يكون المرء محيطاً بمسائل السلم ؛ حتى يضع السلم في الحيوان [نبذة في فكره]^(٤) لا يقيس بها شيئاً ،

(١) ر . المختصر : ٢٠٩/٢ .

(٢) نسبة إلى السلق ، بقلة له ورق طويل ، غض طري . (معجم) والمراد خضرة الزبرجد تشبه خضرة الريحان ، أو خضرة السلق . هذا . وفي الأصل . « شفقي » .

(٣) في (ص) ، (ت ٢) : القصد .

(٤) في الأصل جملة غير مقروءة بهذا الرسم «... في الحيوان» في لده في مكره لا يقيس... هكذا بدون نقط وفي (ص) «بيده في فكره» بهذا الرسم الواضح .

ولا نقيسها على شيء ، ويجري في تفرعها جريان من لم يدرك أصله بقياسه . وإنما فرعه على قدر الضرورة .

فصل في

قال الشافعي : « وأرى الناس تركوا وزن الرؤوس . . . إلى آخره »^(١) .

٣٥٠٦- السلم في الرؤوس والأكارع قبل التنقية غير جائز ، لما عليها من الصوف والشعر ، والمقصود مستتر بها .

وفي السلم فيها بعد التنقية قولان : أحدهما - الجواز ، كالسلم في لحم الفخذ وغيره من الأعضاء . والثاني - لا يجوز ؛ لأنه يختلف اختلافاً متبايناً في المشافر ، والمناخر ، وعظم اللحيين ، وعظم الأسنان ، واللسان ، فقد يعظم منها ما لا يؤكل إلا على تكره ، ويصغر منها ما يقصد ، وهذا يختص بالرأس ، والتجويز في الأكارع أقرب .

ثم من صحح السلم شرط الوزن .

٣٥٠٧- وذكر بعد هذا منع السلم في الجلود . يعني الجلود الطاهرة ؛ فإنها لا تنضب بتشكيل ، وفيها انعطافات متباينة ، والغرض من الأدم لا ينحصر على الوزن ، فالسلم إذا فيها كالسلم في ثوب من غير ذرع .

ولو قطعت وشكلت أشكالاً تقبل المساحة ، كالنعال السَّبْتِيَّة^(٢) ، ففي السلم فيها وجهان : أحدهما - وهو الأصح الجواز . والثاني - المنع ؛ لأن ثخانتها ودقتها خارجان عن الحصر ، وأطراف الأدم متفاوتة في ذلك ، ولا يتأتى درك الجميع بسبر طرف . والأصح الصحة . والاعتماد على الوزن لا محالة . ولا التفات إلى الحيوان .

(٢) ت (٢) « بيده في فكرة » بهذا النقط ، والمثبت محاولة من المحقق لإقامة العبارة .

(١) ر . المختصر : ٢٠٩/٢ .

(٢) السَّبْت كل جلد مدبوغ ، ومنه النعال السَّبْتِيَّة : أي الجلدية التي لا شعر عليها . (معجم ومصباح) .

ولا يصح السلم في الخفاف والصنادل ؛ لأنها مجهولة كالنشايب .
وإذا امتنع السلم في النشاب ، فالقوس المركب ، وهو قوس العجم أولى بالمنع .
والنبعة^(١) التي يتخذ منها قوس العرب بأخذ في التخريط من الطرفين ، فتتطرق إليه
الجهالة .

والأواني المنطبعة إن كانت على شكل واحد ، لا تفاوت فيها تضائيقاً واتساعاً ،
جاز السلم فيها ، والاعتماد على الوزن . وإن كانت تختلف أشكالها تضائيقاً واتساعاً ،
فالسلم يمتنع .

هذا مجموع ما ذكره رضي الله^(٢) عنه .

* * *

(١) النبعة واحدة النبع : شجر ينبت في قلة الجبل ، تتخذ منه القسي . (معجم) .

(٢) يعني الإمام الشافعي .

بَابُ التَّسْعِيرِ

وهل ينادي منادي الإمام في البلد ، ويأمر بسعرٍ مقدرٍ في جنسٍ حتى لا يتعدَّوه ؟

٣٥٠٨- فنقول : ليس للإمام/ هذا في رخاء الأسعار وسكون الأسواق ؛ فإنه حجرٌ ١٥٠ ي
على الملاك ، وهو ممتنعٌ . فأما إذا غلت الأسعار ، واضطر الناسُ ، فهل يجوز للإمام
أن يسعّر ؟ فيه وجهان مشهوران : أحدهما - المنع طرداً للقياس الكلي . والثاني -
الجواز ، نظراً إلى مصلحة العامة . وقد روي : « أن عمرَ بن الخطاب - رضي الله عنه -
مر بحاطب بن أبي بلتعة ، وبين يديه غَرارتان فيهما زبيب ، فسأله عن سعره ، فسعّر
مُدَّين بدرهم فراه عمرٌ غالياً ، وقال : « حُدِّثْتُ بِعِيرٍ مَقْبَلَةٍ مِنَ الطَّائِفِ تَحْمِلُ زَبِيْباً ، وَهُمْ
يَعْتَبِرُونَ بِسَعْرِكَ ، فَإِذَا أَنْ تَرْفَعُ فِي السَّعْرِ ، وَإِذَا أَنْ تَدْخُلَ زَبِيْبُكَ الْبَيْتَ ، فَتَبِيعَهُ كَيْفَ
شِئْتَ » ^(١) . وأراد برفع السعر الزيادة في وزن الزبيب .

ومن منع التسعير احتج بما روي عن أنس أنه قال : غلت الأسعار بالمدينة ،
وقلنا : يا رسول الله لو سعت لنا! فقال عليه السلام : « إِنْ اللَّهَ هُوَ الْمُسْعِرُ الْقَابِضُ
الْبَاسِطُ الرَّازِقُ ، وَإِنِّي لِأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ تَعَالَى وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْكُمْ مَظْلَمَةٌ فِي دَمٍ
وَلَا مَالٍ » ^(٢) وأما حديث عمر فقد روي أنه كان يحاسب نفسه كل ليلة بما جرى له في

(١) حديث حاطب بهذا السياق ، وبهذه الألفاظ رواه الشافعي : المختصر : ٢/٢٠٩ . وروى
مالك في الموطأ أن عمر رضي الله عنه مر بحاطب ، وهو يبيع زبيباً له بالسوق ، فقال له عمر :
إما أن تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا . الموطأ : كتاب البيوع ، باب الحكرة
والتريص ، ح ٥٧ ص ٦٥١ .

(٢) حديث أنس ، رواه أحمد : ٣/١٥٦ ، ٢٨٦ ، أبو داود : الإجارة ، باب التسعير ، ح ٣٤٥١ ،
والترمذي : البيوع ، باب ما جاء في التسعير ، ح ١٣١٤ ، وابن ماجه : الإجازات ، باب من
كره أن يسعر ، ح ٢٢٠٠ ، والدارمي : ح ٢٥٤٥ ، وأبو يعلى : ح ٢٧٧٤ ، ٢٨٦١ ، ٣٨٣٠ .

نهاره ، فروي أنه فعل ذلك ، فوجد فيما جرى له في يومه تسعيره على حاطب ، فندم وأتاه في جوف الليل ، وقال له : « إن الذي قلتُ ليس بعزيمة ولا قضاء ، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت ، فبع ، وكيف شئت ، فبع » .

فَضْلُكَ

٣٥٠٩- روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون »^(١) وقال عليه السلام : « من احتكر طعاماً أربعين يوماً يقصد به الغلاء على الناس برئت منه ذمة الله »^(٢) .

والجالب هو الذي يجلب الطعام إلى البلد وقت الضيق والغلاء ليوسع على المسلمين ، وهو على مضادة المحتكر ؛ فإن المحتكر هو الذي يحبس الطعام حتى تزداد الأسعار غلاءً وارتفاعاً .

ثم قال الأصحاب : المحتكر الذي يلحقه اللعن والوعيد صاحب مال يشتري الطعام ويحبسه ، ولا [يتركه]^(٣) حتى يشتريه المساكين والضعفاء .

فأما من يشتري الطعام في وقت الرخص وكساد الأسواق ، ويحبسه لبيعه إذا غلا ، فلا بأس ؛ فإن أصل احتكاره وتربّصه كان في رخاء الأسعار ، حيث لا ضرار ، وربما يكون ما ادخره قائماً مقام الدُّخْر للناس ، ولولا ادخاره ، لكان يضيع ، ويتفرق .

⁼ والحديث صححه ابن الملقن في البدر المنير : ٥٠٨/٦ ، وانظر التلخيص : (٣/٣٠ ح ١١٦٠) .

(١) حديث : « الجالب مرزوق » رواه ابن ماجه : التجارات ، باب الحكرة والجلب ، ح ٢١٥٣ ، والحاكم : ١١/٢ ، والدارمي : ح ٢٥٤٤ ، وعبد بن حميد ، وأبو يعلى ، والعقيلي في الضعفاء من حديث عمر ، قال الحافظ : بسند ضعيف . (ر . التلخيص : ٣/٢٩ ح ١١٥٨) .

(٢) حديث : « من احتكر طعاماً ... » أحمد : ٢٣/٢ ، الحاكم : ١١/٢ ، ١٢ ، وابن أبي شيبة : ١٠٤/٦ ، والبزار (كشف الأستار : ح ١٣١١) ، وانظر : التلخيص : (٣/٣٠ ح ١١٥٩) .

(٣) في الأصل (و) (ص) : ينزل .

وكذلك من اتفقت له غلة من ضيعته ، فحبسها على أي قصد أراد ، لم يتعرض للوعيد .

والقول في هذا الآن يتعلق بقطب عظيم ، وهو أن الناس إذا كانوا يتهاوون على الرديء ، وقد أسرع فيهم المَوْتَانُ^(١) العظيم الذريع ، وانتهى كل واحد إلى استحلال الميتة وطعام الغير ، فالقول في هذا وفي كل ما يدخره كل إنسان لنفسه ولعياله ليس بالهين .

وسأذكر فيه في باب المضطر أصلاً يرقى عن مجال الفقهاء ، وننبه على قاعدة عظيمة ، إن شاء الله عز وجل .

* * *

(١) (ص) ، (ت ٢) : الويان . والمَوْتَان : الموت والهلاك . (المعجم ، والمصباح ، وتهذيب الأسماء واللغات) .

بَابُ امْتِنَاعِ ذِي الْحَقِّ

٣٥١٠- إذا أتى المسلمُ إليه بما عليه على الصفات المطلوبة ، فلا كلام . وإن أتى بجنسٍ آخر ، فهو الاعتياض عن المسلم فيه ، وهو باطل .
وإن كان أجودَ مما وُصف ، جاز قبوله . وإن قال : لا أقبله ولا أتقَلِّدُ المنة ، فالأصح أنه يجبر على قبوله .

ومن أصحابنا من قال : لا يجبر ؛ لمكان المنّة ، وهي ثقيلة على ذوي المروءات . ولو أتى بأردأ مما وُصف ، لم يلزم المسلمُ القبولُ . وإن قبل محابياً ، جاز . وإن ش ١٥٠ أتى بنوع آخر والجنسُ متحد ، مثل أن يقع السلم في الزبيب الأبيض / فيأتي بالزبيب الأسود أو الطائفي ، ففي المسألة وجهان عند التراضي : أحدهما - يصح قبوله ، ولا يكون اعتياضاً . والثاني - لا يجوز قبوله ؛ فإن اختلاف النوع كاختلاف الجنس .

ولو أسلم في الحنطة النفيسة ، فأتى بالخسيسة ، فمن أئمتنا من جعل ذلك كاختلاف النوع ، حتى يخرج على الخلاف . ومنهم من جعل النوع واحداً ، وجعل هذا اختلافَ صفة ، مع اتحاد النوع .

وإذا جاء بعبد هندي والمسلمُ فيه تركي ، فطريقان : منهم من جعله كاختلاف الجنس ، ومنهم من جعله كاختلاف النوع ، على ما مضى .
ولو أسلم في الحنطة ، لم يُقبل التراب والتبن فيه ، وقد ضبطت هذا في كتاب الربا وبيّنت القدرَ المحتمل منه .

وإذا أسلم في التمر ، فأتى بالرطب من ذلك النوع ، فطريقان : منهم من جعل الرطب مع التمر نوعين ، ومنهم من جعلهما نوعاً واحداً .

وإذا أسلم في لحم الطير ، لم يُقبل الرأس والرجل ، يعني ما لا لحم عليه من الرّجل .

ولو أسلم في لحم السمك ، لم يقبل الرأس والذنب ؛ لأن مطلق اسم اللحم لا ينصرف إليه ولا يقتضيه ، وليس كالعظم في أثناء اللحم ؛ فإنه كالنوى في التمر ، وقد جرى العرف بتنحية الرأس والذنب في السمك .

وفي هذا نظر عندي فأقول : إن أسلم في لحم السمك ، فالأمر على ما قال الأصحاب ، وإن أسلم في السمك ، فلا يكلف تنحية الرأس والذنب ، والعلم عند الله .

وأجنحة الطائر تُمَعَّط فيقع [التسليم]^(١) بعد ذلك . ويجوز أن يقال : يزال ذنب السمك وجناحه ؛ فإن الحيتان صحيحة الأوساط ، وكأنها طيور الماء .

ثم ذكر الشافعي أنه إذا أسلم في مكيل وقبض وزناً ، أو في موزون وقبض كيلاً ، فليس هذا قبضاً صحيحاً ، وهو بمثابة القبض جزافاً ، وقد قدمته في قبوض البيع على أكمل وجه .

فَضْلُكَ

قال : « ولو جاءه بحقه قبل مَحِلِّه . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٥١١- من عليه الحق إذا جاء به ، فلا يخلو إما أن يكون الحق حالاً أو مؤجلاً ، فإن كان مؤجلاً ، وأتى به قبل الحلول ، نظر : فإن كان لصاحب الحق غرض في التأخير . كأن كان حيواناً لا غنى به عن علف ، أو كان في وقت نهب ، وليس للمعطي غرض ظاهر إلا براءة الذمة ، وخيفة هجوم الموت ، فلا يجبر صاحب الحق على قبول حقه حيث انتهى التصوير إليه ، قولاً واحداً ؛ فإن غرضه في الامتناع عن القبول لائح . ولو لم يكن لمستحق الحق غرض ظاهر في الامتناع من القبول ، وكان للمعجل غرض في التعجيل ، كالمكاتب يستفيد بالتعجيل العتق ، وكذلك من رهن بالدين المؤجل عليه رهناً ، فهو يطلب بتعجيل الدين فكَّ الرهن . ومن الأغراض الظاهرة أن يكون

(١) في الأصل : السلم .

(٢) ر . المختصر : ٢ / ٢١٠ .

بالدين ضامن ، وكان من عليه الدين يحاول تفريغ ذمته .

فإذا لم يكن لذي الحق غرض في الامتناع ، وظهر غرضُ المعجل أُجبر صاحبُ الحق على القبول .

وإن لم يكن لواحدٍ منهما غرض : لا لذي الحق في الامتناع ، ولا للمعجل ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن ذا الحق لا يجبر ، وله أن يني الأمر على الوفاء بالأجل ، ويجعل المعجلَ كالمترع المعطي مزيداً ، وإذا كان كذلك ، فله الامتناع من تقلد هذه المنة .

والقول الثاني - أنه يجبر ؛ فإن الأجل حقٌ من عليه الدين ، فإن أسقطه ، لم يكن لمستحق الحق أن يمتنع . وإذا كان أصل الحق يسقط بإبراء مستحقه من غير شرط القبول على الأصح ، فينبغي أن يسقط حق الأجل من غير حاجة إلى قبول من يستحق أصل الدين .

ولو كان لصاحب الحق غرض في الامتناع ، وكان للمعجل غرض ظاهر في التعجيل ، فالذي ذهب إليه الأكثرون أنا نرعى جانب مستحق الحق ، ونقطع بأنه لا يجبر لعذره اللائح ، ومن أصحابنا من جعل تقابل العذرين كسقوطهما ، وخرج^{١٥١} المسألة على القولين كما ذكرناه .

ولو لم يكن للمستحق غرض في الامتناع ، وظهر غرضُ المؤدي ، فقد قطع الأصحاب بالإجبار في هذه الصورة .

ولو كان الدين سلماً ، فعمّ وجودُ المسلم فيه قبل الحلول ، وكان يخاف المسلمُ إليه من انقطاع الجنس قبل الحلول ؛ فهل يعد ذلك عذراً في جانب المعجل ؛ حتى يني عليه ما تقدم من التفصيل في أعذار المعجل ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه عذرٌ ؛ فإنه قد يترتب على التأخير انفساخ العقد ، أو حق فسخه . والثاني - أنه ليس بعذر ؛ فإن العقد إن انفسخ ، رد رأس المال ، وسقط عنه الدين ، في مقابلة ما يرد .

هذا كله في الدين المؤجل إذا عجله من عليه .

٣٥١٢- فأما إذا كان الدين حالاً ، فجاء به من عليه ، وامتنع المستحق من القبول ،

ففي المسألة طريقتان : من أصحابنا من قال بإجبار ذي الحق . فيقال له : إما أن تقبل ، وإما أن تبرئ ذمته من الدين .

ومن أصحابنا من ذكر في ذلك قولين أيضاً ؛ فإن مستحق الدين يقول : الحق لي ، وإلّا طلبه ، فليس لمن عليه الحق أن يحتكم عليّ في طلب الحق .

ومما يجب التنبّه له أنا في الدين المؤجل فصلنا بين المعذور وبين ما لا عذر له ، وإذا حل الدين ، فنقول : أما جانب مستحق الحق ، فلا يختلف بأن يكون معذوراً ، ووجه بين . وأما المعطي ، فإن كان معذوراً ، أُجبر صاحبه على القبول قولاً واحداً . ولم يجز القولان ؛ من قبل أن العذر يوجب قبول ما يتقّده من الدين المؤجل ، فما الظن بالدين الحال ؟

ثم إذا وجد العذر في الجانبين ، والدين حالّ ، فصاحب الحق مجبر على القبول قولاً واحداً ؛ فإننا قد أوضحنا أن عذر مستحق الدين لا اعتبار به إذا كان الدين حالاً . ثم حيث يجبر على القبول ، فإن لم يقبل ، قبض القاضي عنه ، أو أناب من يقبض . وإذا جرى ذلك ، فقد برئت ذمة المديون ، وكان المال أمانةً لمستحق الحق في يد الحاكم ، أو في يد من أنابه .

٣٥١٣- ومما يتصل بهذا أن من عليه الحق إذا ظفر بمستحق الحق في غير المكان المتعين شرعاً أو شرطاً ، وأراد إجبار مستحق الحق على القبول ، فالتفاوت في المكان كالتفاوت في الزمان : فإن كان على الناقل مؤونة ، لم يجبر مستحق الحق على قبوله ، وهو يناظر في الزمان ما إذا ظهر غرض بين في الامتناع قبل الحلول .

وإن لم يكن في نقل المستحق مؤونة ، فهل يجبر مستحق الحق على قبوله في غير المكان المستحق ؟ فعلى القولين المتقدمين فيه ، إذا جاء بالحق قبل حلول الأجل ؛ فالتفاوت المكاني في الحكم الذي أردناه كالتفاوت الزماني .

٣٥١٤- تردد الأئمة في السلم في الثوب الذي يصبغ بعد نسجه ، فيما ذكره العراقيون : فأجازه بعضهم ، وهو ما قطع به الإمام .

ولا خلاف في جواز السلم في الثوب الذي ينسج بعد الصبغ .

ولا فرق ؛ فإن عين الصبغ قائم في الثوبين .

ومن أئمتنا من منع السلم في الثوب المصبوغ بعد النسج ، واحتج عليه بأن الصبغ
ش ١٥١ عينٌ ضمت إلى الثوب ، وهو مجهول المقدار/ . والغرض يتفاوت . وهذا إنما كان
يتجه لو امتنع السلم في الذي صبغ غزله ، ثم نسج . والأصح التجويز ؛ فإن الصبغ
صار صفةً في الثوب لا يُطلب تمييزه وفصله .

قَبِيحٌ : ٣٥١٥- حكى صاحب التقريب عن ابن سريج أنه قال في السّمك المملح :
إن كان يظهر للملح وزن ، فلا يصح السلم لجهالة مقدار المسلّم فيه .

وإن كان لا يظهر للملح وزن ، لم يخل إما أن يكون له قيمة أو لا يكون ، فإن لم
تكن له قيمة ، فلا أثر له ؛ إذ لا قيمة ولا وزن ، والسلم صحيح . وإن كان له قيمة ،
فهو كالثوب المصبوغ بعد النسج .

فإن قيل : رأيتم لو كان للصبغ وزن في الثوب ؟ قلنا : لا أثر لوزنه في الثوب ؛
فإن الثوب لا يوزن .

قَبِيحٌ : ٣٥١٦- إذا قبض المسلّم المسلّم فيه ، وتلف في يده ، واطلع على عيب ،
فرده ، فلا استبدال^(١) منه غير ممكن بعد التلف . ولكن له الرجوع بالأرّش ، وهو
قسط من رأس المال . وإذا حصل الرجوع ، لم يكن هذا استرداداً ، ولكنه في حكم
فسخ العقد في ذلك المقدار المسترد . وذهب المزنّي إلى أن الرجوع بالأرّش لا يثبت
بعد تلف المقبوض .

* * *

كتاب الرهن

٣٥١٧- الرهن توثيق الدين بعين مالٍ يسلمها الراهن إلى صاحب الدين ، وحقيقة الرهن الإثبات ، ومنه قيل : الحالة الراهنة ، أي القائمة الثابتة .

والأصل في الرهن الكتاب ، والسنة ، والإجماع . فأما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ الآية [البقرة : ٢٨٣] قوله تعالى ﴿ فَرِهْنٌ ﴾ مصدرٌ أقيم جزاءً للشرط بحرف التعقيب ، وهو الفاء ، فقام مقام الأمر ؛ فإن الشرط والجزاء لا يعتقبان إلا على الأفعال ، فجرى ذلك مجرى الأمر ، كقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [النساء : ٩٢] ، وقوله : ﴿ فَضْرَبَ الرَّقَابِ ﴾ [محمد : ٤] وقوله تعالى : ﴿ فَذِيَّةٌ ﴾ [البقرة : ١٩٦] ، وقوله : ﴿ فَعِدَّةٌ مِنْ أَتِكَا أُخَرَ ﴾ [البقرة : ١٨٥] أي فحروا ، وافدوا ، واضربوا ، وصوموا .

و « رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعه من أبي [الشحم] ^(١) اليهودي ، بشعير استقرضه منه ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهون » ^(٢) .

والرهن محثوث عليه ، وليس حتماً ، فإنه قال تعالى في سياق الآية ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِيَ ائْتَمَّتْهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

(١) في الأصل : أبي شحمة . وهو تصحيف ، نصَّ عليه وبين أنه وقع من إمام الحرمين الحافظ ابن حجر عند تخريج الحديث في التلخيص ٨١/٣ . وهو على الصواب في (ت ٢) : « أبي الشحم » وفي (ص) « أبي شحمة » كالأصل ، فهذا يعني أن التصحيف كان في بعض نسخ النهاية دون بعض .

وانظر تعليقا آخر عن الموضوع ذاته قبل باب الرهن والحميل بنحو سبع صفحات (ص ٢١٨) .

(٢) حديث : « توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ودرعه مرهونة » متفق عليه من حديث عائشة : (اللؤلؤ والمرجان : ٣٩٢ ح ١٠٣٣) .

وأصل الرهن مجمع عليه ، وهو يشتمل على ركنين : مرهون ، ومرهون به . أما المرهون ، فلا يكون إلا عيناً ، لأن الغرض من الرهن التوثيق ، ولا يتوثق الدين بالدين ، وهو مشبه بالهبة ، من حيث إنه تبرع يفترق إلى القبول . ثم الهبة تختص بالعين . ولو قال : وهبت منك ألف درهم ثم نقدها عن ذمته ، وأقبض لم يصح ، بخلاف ما لو باع ألفاً بألف ، ثم نقدا وتقابضا قبل التفريق . هذا في المرهون .

وأما المرهون به ، فلا يكون إلا ديناً ؛ فإن الغرض استيفاء الدين من العين ، عند فرض العسر . ولو كان المرهون به عيناً ، فاستيفؤها من المرهون محال ، وهي متعينة .

وفي ضمان الأعيان المضمونة كلام وتردد سنفرعه على قولي كفالة الأبدان من كتاب الضمان . وإذا جوزنا ضمان الأعيان المضمونة ، فهو بتقدير ضمان قيمتها إذا تلفت/ ١٥٢ ، ولا يجوز الرهن بالعين على هذا التقدير في المذهب الظاهر ؛ لأن الضامن لا ضرر عليه إذا امتد بقاء العين ، فالذمة متسعة لالتزام الحقوق . ولو جاز الرهن على هذا التقدير ، لجر ضرراً دائماً لا نهاية له ؛ فإن العين التي يقدر الرهن بها ربما لا تتلف أبداً ، فيبقى الرهن دائماً ، ويطرد الحجر بدوامه .

فَضْلُ

قال الشافعي : « والدين حق ، فيجوز الرهن به . . . إلى آخره » (١) .

٣٥١٨- قال الأصحاب : أراد حق لازم .

فنقول : قد تقدم أن المرهون به يشترط أن يكون ديناً . وغرضنا انحصار الرهن في قبيل الديون . وهذا الفصل يحوي تقاسيم الديون ، فهي منقسمة ثلاثة أقسام : دين لازم مستقر في الذمة ، كالسلم ، والقرض ، والأروش ، والأثمان ، والمهور ، والأجور ، فيجوز الرهن بهذه الديون .

والقسم الثاني - دين لا يتصف باللزوم ، ولا يُفضي إليه ، وهو كنجوم الكتابة ، فلا

يجوز الرهن بها ؛ فإنها لم تتأكد باللزوم ، ولا يتصور أن تنتهي إليه في نفسه . فالتوثيق به لا معنى له . فإن قيل : إذا أدى المكاتب النجم ، فقد انتهى إلى التأكد . قلنا : نعم هو كذلك ، ولا حاجة بعده إلى التوثيق .

والقسم الثالث - دين لا يتصف باللزوم في نفسه ، ولكنه يفضي إلى اللزوم . وهذا ينقسم قسمين : منه ما أصله اللزوم ، والجواز دخيل فيه مرفقاً . ومنه ما أصله الجواز ، ولكنه يفضي إلى اللزوم .

أما القسم الأول ، فهو كالثمن في زمان الخيار ، [فالرهن به جائز . وهذا يتطرق إليه خلافٌ ، لا محالة ، متلقى من اختلاف القول في أن البيع في زمان الخيار]^(١) هل يتضمن نقل الملك في المبيع إلى المشتري ، وفي الثمن إلى البائع ؟ فإن حكمنا بأنه يقتضي النقل ، فعليه قطع الأصحاب بصحة الرهن . وإن قلنا : إنه لا يقتضي النقل أصلاً ، فالظاهر منع [الرهن]^(٢) ؛ إذ لا دين ، فيقع الرهن لو وقع قبل ثبوت الدين .

هذا قسم من قسمين انقسم إليهما القسم الثالث .

والقسم الثاني - الجُعْل في الجعالة^(٣) ، فمبناه في وضع العقد على الجواز ، ولكنه ينتهي إلى اللزوم عند تمام العمل ، ففي جواز الرهن به وجهان : أحدهما - أنه جائز كالثمن في زمان الخيار . والثاني - لا يجوز ؛ فإنه قبل اللزوم بعيد عن التوثيق ؛ إذ لا يتصور من المتعاقدين في الجعالة أن يلزما الجُعْل باختيارهما قبل العمل . ويتصور من المتبايعين إلزام الثمن باختيارهما .

ومن قال بالوجه الأول ، انفصل عن هذا ، وقال : لو كان ثبوت الرهن مأخوذاً من اختيار اللزوم ، لكان الرهن بالثمن في زمان الخيار متضمناً إلزام العقد . وليس كذلك .

٣٥١٩- وكل ما جاز الرهن به صح ضمانه ، وكل ما صح ضمانه جاز الرهن به ، إلا العهدة فإن ضمانها جائز على ظاهر المذهب - وهو ضمان الدَّرك - ولا يجوز الرهن

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) في النسخ الثلاث : الدين . والمثبت تقدير منارعاية للسياق .

(٣) بكسر الجيم ، وبعضهم يحكي تثليثها . (المصباح) .

بعهدة المبيع . والفارق بينهما أن ضمان العهدة إنما جاز مصلحة في العقد ؛ إذ قد لا يثق المشتري بغريب يبايعه ، فينكف عن معاملته . ويلتحق بهذا السبب ضرار بالجانبين ، فسوغ الشرع التوثيق بالضمان . ثم لا ضرر في ذلك الضمان ؛ فإن الضامن لا طلبة عليه قبل بدو الاستحقاق . وإن جوزنا الرهن بالعهدة ، لكان ذلك التزام حجر^(١) في المرهون لا نهاية له ، وهو تنجيز ضرار لا نهاية له على مقابلة توقع ضرار .

ش ١٥٢ وحكى / شيخني عن شيخه القفال وجهاً في جواز الرهن بالعهدة . والسبب فيه أن الثقة قد لا تحصل إلا به ، والرهن منصوص عليه في آية المداينات في طلب الوثائق دون الضمان ، وما قدر من الضرر غير سديد ؛ فإنه إنما يعظم وقع الضرر لما يلزم من غير اختيار ، وكلامنا هذا في جواز الرهن إذا وقع الرضا به ، لا في وجوبه .

فَضْلُكَ

قال : « وكذلك كل حق لزم في حين الرهن وما تقدم الرهن . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٥٢٠- أشار الشافعي إلى أن الآية في دين مخصوص ، ثم بين أن ما سواه من الديون اللازمة في معناه .

فنقول : إذا وجب الدين وأنشئ الرهن بعده ، فهذا رهن لا كلام فيه . ولو قدم الرهن بشقيه على وجوب الدين ، لم يصح عند الشافعي .

فلو قال : رهنك هذه العين بألف تقرضنيه ، فقال المخاطب : ارتهنت ، ولا إقراض بعد^(٣) ؛ فهذا مردود ، وإن جرى القرض بعد ذلك ؛ فإن الرهن توثيق الدين ، ولا يعقل التوثيق قبل الدين ، إلا على مذهب التعليق ، وتعليق الرهن باطل .

والقول في الضمان قبل الوجوب كالقول في الرهن . ثم في المذهب تفصيل طويل

(١) (ص) ، (ت ٢) : جحد .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

(٣) « الواو » واو الحال ، والمعنى : أن الإيجاب والقبول بعقد الرهن قد تم والحال أنه لم يتم القرض الذي به الرهن .

في ضمان ما لم يجب . سيأتي في أول كتاب الضمان ، ونذكر ترتيبين في القديم والجديد .

ثم الرهن يجاري الضمان في محل الوفاق والخلاف ، إلا في أمثال ضمان العهدة ؛ فإن الرهن ينفصل في ظاهر المذهب عن الضمان ، ويجري وجه مطرد للقفال في تنزيل الرهن منزلة الضمان .

هذا قولنا في طرفي الثبوت والنفي : ذكرنا تقدم الدين ، وإنشاء الرهن بعده ، ثم ذكرنا تقدم الرهن بشقيه وابتداء الوجوب بعده .

٣٥٢١- ونحن نذكر الآن حكم الاقتران بين الرهن والدين ، ونجري فيه حكم التعاقب أيضاً . ونرسم في غرضنا مسائل أرسالاً .

فلو تقدم شقاً الرهن على البيع ، وذلك أن يتراهنا بالثمن ، ثم لا يتفرقا حتى يتبايعا ، فالمذهب الميثوت أن ذلك غير جائز . وأبعد بعض الأصحاب ، فجوز ذلك إذا جمع المجلس الرهن والبيع ، وجعل اتحاد المجلس كالاقتران بالإيجاب والقبول ، كما سنصفه الآن .

وهذا ليس بشيء ؛ فإن المجلس إن ثبت له حكم ، فهو بعد البيع ، وعقد الرهن لا [مجلس] ^(١) له ، ولا أثر لخيار المجلس فيه ، كما قدمناه . ثم لو قدر له مجلس ، فالبيع بعده ليس من لواحقه . ونحن إن رأينا إلحاق شيء بالعقد في مجلسه ، فهو في توابع العقد الذي المجلس مضاف إليه . ولولا ذكر الأصحاب هذا ، لأضربنا عنه .

هذا بيان اجتماع الاقتران بتقدير تقدم الرهن ، وتعقب البيع .

فأما إن امتزج إيجاب الرهن واستيجابه بالتواجب في البيع ، فالوجه أن يفصله .

فمن صور ذلك أن يتقدم ذكر الرهن ، بأن يقول البائع : ارتهنت ثوبك هذا بألف ، وبعثك هذه الدار به ، فقال المشتري : رهنت واشتريت ، أو قال : اشتريت ورهنت . فإذا قدم المبتدئ ذكر الرهن ، وعقبه في استكمال الكلام بذكر ما يليق به من شقي البيع ، فظاهر المذهب أن هذا غير جائز .

(١) في الأصل : مجيز .

ويلتحق بهذه الصورة أن يقول البائع : بعث وارتهنت ، ويقول المشتري رهنت
ي ١٥٣ واشتريت ، فسواء وجد تقدم شقي الرهن على شقي / البيع على صورة الاقتران ، أو
وجد من أحد الجانبين تقديم شق من الرهن ، فالوجه منع صحة الرهن .

ويقرب أن يرتب هذا على تقدم الشقين من الرهن . ووقوع البيع بعدهما .
ولكن لا ينبغي أن يُعتقد ذلك الوجه الضعيف من أصل المذهب ، حتى يُبتنى عليه
أو يُرتب عليه .

فلنبتدىء قائلين : الأصح أن الرهن يفسد في الصورة التي ذكرناها ؛ لأنه قُدِّم شق
منه أو شقاه على شقي البيع المثبت للثمن ، وإذا كان الرهن يستدعي ثبوت الدين ،
فأحد شقيه يستدعي ذلك أيضاً . ووضع الرهن استئثار أوله عن ثبوت الدين .

٣٥٢٢- ومن المسائل في الباب أن يتقدم مصراع البيع على مصراع الرهن ، وذلك
مثل أن يقول للبائع : بعث منك هذه الدار ، وارتهنت هذا الثوب بالثمن . فقال
المشتري : اشتريت ورهنت ، فقدم كل واحد شق البيع على شق الرهن ، ووقع شقا
الرهن ممتزجين بشقي البيع ، على ما وصفناه ، وميزنا هذا النوع في التصوير عما تقدم
عليه بذكر كل واحد من المتخاطبين شق البيع أولاً ، فإنه لو ذكر أحدهما شق الرهن ،
ثم شق البيع ، اتصل بالفن المتقدم على هذا .

ومن صور هذا القسم أن المشتري لو قال : بعني هذه الدار ورهنت هذا الثوب ،
فقال البائع : بعث وارتهنت ، وجعلنا الاستدعاء قبولاً كما سيأتي في موضعه .
هذا بيان الصور .

ونصُّ الشافعي ظاهر في تصحيح البيع في هذه الصور ، واتفق على القول بالصحة
فيها الأصحاب .

وذكر القاضي في طريقه تخريجاً من عند نفسه ، لم ينقله ؛ فقال : هذا مشكل ؛
فإن أحد شقي الرهن يقع لا محالة قبل ثبوت الثمن بانعقاد البيع ، ووضع الرهن يقتضي
استئثار إنشاء الرهن عن ثبوت الدين ، فقال يظهر أن يخرج هذا قولاً . ويقول :
لا يصح الرهن ما لم يتقدم الدين بشقيه ، ثم يُنشأ أول الرهن بعدهما .

وهذا يظهر تخريجه من مسألة للشافعي في الكتابة ؛ فإنه قال : إذا قال السيد لعبده : كاتبك على ألف درهم ، وبعت هذا العبد منك بألف ، فقال العبد : قبلت الكتابة والبيع . قال الشافعي : لا يصح البيع ؛ فإنه يستدعي ثبوت الكتابة أولاً ، وقد جرى أحد شقي البيع قبل انعقاد الكتابة ، ولا يصير العبد من أهل المعاملة مع مولاه ما لم تتم الكتابة ، فيخرج منع الرهن على هذا خروجاً ظاهراً .

ثم قال : لو أردنا فصلاً بين الأصلين فقهيّاً ، لم نجد إلا أن نتعلق بمصلحة العقد ، فنقول : الرهن من مصلحة البيع ، فإن نفذ مقترناً بالبيع ، كان هذا لائقاً بالمصلحة ؛ من جهة أن البائع ربما كان يطلب وقوع الاستيثاق بالرهن مع وقوع البيع ، والوجه مزج العقد بالعقد كما ذكرناه . والبيع ليس من مصلحة الكتابة ، فجرى فساد البيع على القياس الذي مهدناه .

وكان شيخنا أبو محمد لا يفرق بين أن يقول البائع : ارتهنت وبعته ، أو يقول بعت وارتهنت . والأحسن أن نفصل بينهما كما ذكرناه .

فإن قيل : لم ؟ وشئ الرهن وقع قبل انعقاد البيع من الوجهين ؟ فإذا كان كذلك فأى أثر لتقديم شق البيع أو شق الرهن ؟ قلنا : قول القائل : بعت بألف ، وارتهنت به ، منتظم إلى أن يحكم بالصحة أو الفساد ، وقوله : ارتهنت بألف وبعته ، ليس له / نظم ١٥٣ ش صحيح ؛ فإن الرهن يستدعي استخاراً عن ذكر مرهونه ، فيظهر الفرق في نظم العقد ، وإن لم يظهر في الوجوب والثبوت .

فَوَيْعٌ : ٣٥٢٣- لو قال : بعتك هذه الدار بألف درهم ، بشرط أن ترهنني ثوبك بالألف . فقال : اشتريت ورهنت . والتفريع على النص في الحكم بصحة الرهن . قال الأصحاب : يتم الرهن بما جرى ، لأنه وجد من البائع استدعاء الرهن ، فكان ذلك بمثابة الارتهان والتلفظ به .

قال القاضي : الذي عندي أنه لا بد من لفظ الارتهان ، أو القبول من البائع بعد قول المشتري : رهنت ؛ لأن الذي وجد منه شرط الإيجاب ، وليس باستيجاب . وهذا يبتني على أن الاستيجاب في البيع والرهن هل يكون بمثابة القبول ؟ فإذا قال الرجل :

بمعني عبدك هذا بألف ، فقال البائع : بعته منك بألف ، فما تقدم من الاستيجاب واستدعاء الإيجاب هل يكفي ؟ وهل يحل محل التصريح بالاشتراء والقبول ؟ فيه قولان وترتيبُ نصوص سنذكرها في موضعها . فإن قلنا : الاستيجاب لا يكفي ، فلا كلام . وإن قلنا : الاستيجاب يكفي في البيع ، فإنه كاف في الرهن أيضاً .

فعلى هذا إذا قال البائع : بعتك هذه الدار بألف درهم بشرط أن ترهنني ثوبك ، فقال : اشتريت ورهنت . فقله بشرط أن ترهنني هل ينزل منزلة قوله بعث منك بألف وارهني ثوبك ؟ فيه تردّد . والأصح في القياس ما ذكره القاضي . وإن كان الأشهر غيره .

فَضْلُكَ

قال : « ولا معنى للرهن حتى يكون مقبوضاً . . . إلى آخره »^(١) .

٣٥٢٤- لا يلزم الرهن دون القبض ، خلافاً لمالك^(٢) - رحمه الله - وهذا الخلاف مطرد معه في الهبة والعارية المؤقتة . والتأجيل في القرض واعتبار الرهن بالهبة قريب ؛ من قبل أن كل واحد منهما تبرع ، والمتبرع قد يتعرض للندم ، والمعاوضات تبعد عن إمكان الندم . ثم جعل الشارع لما ذكرناه من توقع الندم متتهى ومرداً ، وهو القبض ، ولسنا: نتمسك بهذا المعنى تمسك من يقصد الاستقلال به ، بل مقصودنا تشبيه الرهن بالهبة ، وهو ظاهر .

ثم المعتمد في الهبة حديث لأبي بكر - رضي الله عنه - في ذلك ، سنذكره في كتاب الهبات ، إن شاء الله تعالى .

ثم قال الشافعي : « حتى يكون مقبوضاً من جائز الأمر حين رهن ، وحين أقبض . . . إلى آخره »^(٣) .

(١) ر . المختصر : ٢ / ٢١٠ .

(٢) ر . الإشراف : ٥٧٦ / ٢ مسألة : ٩٥٥ ، حاشية الدسوقي : ٢٣١ / ٣ .

(٣) ر . المختصر : ٢ / ٢١٠ .

٣٥٢٥- أما اشتراط الاستقلال والاتصاف بشرائطه عند العقد وعند القبض ، فبيّن لا إشكال فيه ، وإنما الكلام فيه إذا تخللت أحوال بين العقد وبين القبض ، ثم فرض زوالها ، فهل يُقضى بارتفاع العقد وانفساخه ؟ أم كيف الكلام ؟

الذي يقتضيه الترتيب أن نذكر موت الراهن ، أو موت المرتهن بين العقد والقبض ، نص الشافعي على أن الرهن يسلم إلى ورثة المرتهن ، وهذا تصريح منه بأن الرهن لا يبطل بموت المرتهن قبل القبض .

وحكى بعض أصحابنا نصاً أن الراهن لو مات قبل الإقباض ، بطل الرهن . ثم اختلف الأئمة : فمنهم من جعل في موت الراهن والمرتهن قبل القبض قولين : أحدهما - أن الرهن يبطل بموت كل واحد منهما ؛ فإنه على حقيقة الجواز قبل القبض ، والعقود الجائزة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين في أثناء الجواز ، والذي يحقق ذلك أن القبض/ فيما يشترط القبض فيه يقع موقع أحد جوابي البيع وغيره ؛ فإنه ركن في ١٥٤ ي

تحصيل مقصود العقد .

والقول الثاني - لا يبطل العقد بموت كل واحد منهما ؛ فإن مصير العقد إلى اللزوم على الحد المعلوم ، فكان الموت قبل القبض كموت أحد المتعاقدين في زمان الخيار . ومن أصحابنا من قال : يبطل الرهن بموت الراهن قبل القبض ، ولا يبطل بموت المرتهن . والفارق أن الراهن ربما يموت وعليه ديون مستغرقة ، فإذا لم يلزم الرهن بالقبض ، فالوجه انقطاع الرهن ، وتقديم الحقوق اللازمة . وإن لم يكن ديون ، فلا نظر إلى هذا ، بل النظر إلى إمكانه .

قال الشيخ أبو محمد : السديد في ذلك أن نقول : إن مات الراهن وخلف ديوناً مستغرقة ، فلا أصحاب الديون المنع من تخصيص المرتهن بشيء . لا يجوز خلاف ذلك . فأما إذا لم تكن ديون مستغرقة ، أو كانت ، ورضي الغرماء بالتخصيص وإنفاذ الرهن ؛ فإذا ذاك يختلف الأصحاب .

٣٥٢٦- والمذهب الظاهر أن الرهن لا يبطل بموت المرتهن ، ولا بموت الراهن ، لما ذكرناه من أن العقد مصيره إلى اللزوم ، والعقود الجائزة التي تنفسخ بالموت

فمستندها أمرٌ وقول لا لزوم له ، فإذا مات القائل ، انقطع أثر قوله ، كالجعالة^(١) ، والوكالة . ولهذا قال المحققون : لا يشترط القبول في الجعالة والوكالة ، فإذا آل سبب الانفساخ إلى انقطاع قول القائل ، تضمن الموت لا محالة الانفساخ . والرهن عقد تام يشير إلى مقصود يتوقف لزومه على القبض ، فكان هذا يقتضي أن يبقى العقد على صفته بعد العاقلين . وبعد موت أحدهما .

التفريع : ٣٥٢٧- إن حكمنا أن الموت لا يُبطل الرهن ، فلو فرض طريان الجنون ، فهو أولى بأن لا يبطله . ثم إن جن المرتهن ، نصب القاضي قيماً يقبض الرهن إن ساعده عليه الراهن . وإن جن الراهن ، نظر القيم في صلاح الأمر ، فإن رأى الأصلح له أن يقبض أقبض ، وإن رأى الأصلح في الفسخ ، فسخ .

وإن قلنا : طريان الموت يتضمن انفساخ الرهن ، ففي طريان الجنون وجهان ، وسنذكر تفصيل الجنون والإغماء ، وما في معناهما ، إن شاء الله عز وجل .

وإن طرأ السفه بين العقد والقبض ، فافتضى طريانه عود الحجر أو إعادته ، فإذا طرأ^(٢) الحجر ، ففي انفساخ الرهن خلافٌ مرتب على الجنون ، وهذا أولى بأن لا ينفسخ الرهن فيه ؛ لأنه بالسفه لم يخرج عن أن يكون من أهل العبارة لو أذن له فيها ، واستقصاء ذلك في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالى .

فَيَرْجِعُ : ٣٥٢٨- إذا باع الراهن الرهن قبل القبض ، أو وهب ، أو أصدق ، أو أعتق ، فكل ذلك يصح منه ، ويكون رجوعاً في الرهن .

فأما إذا أجّر المرهون قبل القبض ، أو زوج الجارية : أما التزويج قبل القبض ، فإنه لا يكون رجوعاً في الرهن ؛ فإن التزويج لا يرد على مورد الرد^(٣) ، ولا يمتنع رهن المزوجة ابتداء .

وأما الإجارة ، فإن قلنا : لا يمتنع رهن المكرى وبيعته ، فهو كالتزويج . وإن

(١) بكسر الجيم ، وحكي فيها التثليث . (المصباح) .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : طرد .

(٣) كذا في النسخ الثلاث . ولعلها : « على مورد الرهن » .

قلنا : يمتنع رهنُ المكرئى ، الأصح أن الإجارة تكون رجوعاً . ومن أصحابنا من لم يجعلها رجوعاً على هذا القول . وهو بعيد .

ولو دبر العبد قبل القبض ، فالمنصوص أن ذلك رجوع عن الرهن ، وخرَجَ الرِّبْعُ / ١٥٤ ش قولاً آخر أنه لا يكون رجوعاً ، وهذا منقاس ؛ إذ بيع المدبر جائز عندنا ، وهذا كاختلاف القول في أن المدبر هل يجوز رهنه .

ولو دبر عبداً ، ثم رهنه ، ففيه كلام يأتي بعد هذا على قرب . وكل ذلك ينشأ من نصّ الشافعي : في أن من أصدق امرأته عبداً ، فدبرته ، فطلقها الزوج قبل المسيس ، فهل يرجع في نصف المدبر ؟ فيه كلام . سيأتي ، إن شاء الله عز وجل .
وسأجمع - بتوفيق الله - مراتب الكلام في الرجوع في كل فن يقبل الرجوع ، في باب الرجوع عن الوصايا . وقد قدمت طرفاً منه في أول البيع .

فصل في

قال : « وما جاز بيعه جاز رهنه . . . إلى آخره » (١) .

٣٥٢٩- قال الأصحاب : الأشياء في البيع والرهن على أربعة أقسام : أحدها - ما لا يجوز بيعه ، ولا يجوز رهنه ككل ما لا يملك ، وكالموقوف ، وأم الولد ، والآبق ، وما لا يتمول .

والقسم الثاني - ما لا يجوز رهنه ، وفي بيعه تفصيل ، ومنه الدين ، فإنه لا يجوز رهنه وفي جواز بيعه خلاف ، وقد يلتحق بهذا القسم المدبر والمعلق عتقه بصفة ، فإن بيعهما نافذ ، وفي رهنهما كلام سيأتي .

والقسم الثالث - ما يجوز رهنه على وجه ، وفي بيعه خلاف ، ومنه العقد على الأم دون الولد ، وعلى الولد دون الأم . هذا جائز في الرهن ، وفي البيع كلام .

والقسم الرابع - ما يجوز بيعه ورهنه ، وهو معظم الأعيان المملوكة على الإطلاق . وسنلحق بكل قسم ما يليق به في مسائل الكتاب ، والذي ذكرناه الآن تراجع .

وغرض الشافعي بما قال تجويز رهن المشاع ، وهو مذهبنا ، والخلاف فيه مع أبي حنيفة^(١) مشهور . ثم إذا جرى الرهن في المشاع ، فالقبض فيه يتأتى بتسليم كله ، ثم يرتد إلى المالك النصف الذي لم يرهن على مهاية ومناوبة ، ولا يمتنع صحة الرهن . وإن كان القبض يتبع بعض بحكم الشيوع . ونحن قد نبعض القبض لتوفير المنافع على الراهن ، على ما سيأتي ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

فصل في

قال : « ويجوز ارتهان الحاكم ، وولي المحجور عليه ، ورهنهما عليه في النظر له . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٥٣٠- صوّر الأئمة من ولي الطفل الارتهان للطفل ، وصوروا منه أيضاً رهن مال الطفل ، واتفقوا على الجملة أن الرهن والارتهان منه متقيد بشرط الغبطة ، ورعاية المصلحة .

اتفق العراقيون على أن الأب ليس له أن يبيع شيئاً نسيئاً من مال الطفل ، ولو باع بأضعاف الثمن من مليء وفي إلى أجل قريب ، ولم يرتهن شيئاً ولكن وثق بيسار المشتري وانتظام حاله ، وزعموا أن هذا تغريز بمال الطفل ، ورفع للملك واليد عنه لا في مقابلة عوض ناجز .

وهذا الذي ذكروه لم أر في طرقنا ما يخالفه على التصريح ، ولكن في معاني طرقنا ما يجوز ذلك ، وليس بيع ماله نسيئاً من غير رهن بأكثر من الإبزاع بمال الطفل ، وقد ذكرنا في تجارة الوصي في مال اليتيم أن ذلك جائز ، ومعظم الأرباح ونماء التجاير يقع في النسايا^(٣) .

(١) ر . رؤوس المسائل : ٣٠١ ، مسألة ١٨٩ ، ومختصر الطحاوي : ٩٢ ، والمبسوط : ٦٩/٢١ ، وطريقة الخلاف : ٤٣٤ ، مسألة : ١٧٦ .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠/٢ .

(٣) (٢) : النسببات .

أما البيع نسيئة مع الارتهان، فجائز لا منع فيه على الجملة، على شرط رعاية الغبطة.

٣٥٣١- وما نحن نفصلها بالمسائل . فنذكر الارتهان للطفل ، ثم نذكر رهن مال / ١٥٥ ي الطفل ، فأما الارتهان للطفل ، فقد يفرض في بعض المواضع نظراً محضاً ، فالوجه القطع بنفوذه ، وذلك إذا أئلف رجل مالاً من أموال الطفل ، والتزم قيمته ، فإذا رهن بما لزمه للطفل مالاً ، فلا شك في صحة الرهن ؛ فإنه يقع محض فائدة^(١) مجردة للصبي ؛ فإنه يتوثق دينه إلى اتفاق القضاء وليس عليه من الارتهان غرر ولا ضرر .

ومن صور الارتهان للطفل أن الولي إذا رأى أن يبيع شيئاً من ماله نسيئة على أن يرتهن ، والبيع على شرط الغبطة ، فالرهن صحيح . والعراقيون لما قطعوا بمنع البيع نسيئة ، قيدوا القطع في المنع بما إذا لم يكن بالثمن رهن . فأما إذا كان به رهن واقرنت المصلحة بالمعاملة ، فلا مانع من الجواز .

وإذا كان الولي يخاف النهب والغارة فرأى إيقاع مال الطفل في ذمة مليء وفي على أن يرتهن له ، كان ذلك جائزاً . ولو باع ماله نسيئة بمثل ما يشتري به نقداً وارتهن ، فالبيع باطل ، والارتهان فاسد ؛ فإن ثبوت الرهن موقوف على ثبوت مرهون به ، فإذا لم يثبت ، لم يصح الرهن .

ثم إذا قبض الرهن على الفساد ، فهو أمانة . لهذا من الأصول المتفق عليها ؛ فإن ما لا يقتضي ضماناً إذا صح ، ففاسده لا يقتضي الضمان ، على ما سيأتي ضبط أمثال ذلك .

وكذلك لو أقرض مال الطفل ، لا في نهب ولا عند إرهاق حاجة ، فالإقراض فاسد .

ثم إذا أفسدنا المعاملة على مال الطفل ، فالعين متبعة أينما صودفت ، وإن تلفت في يد المشتري أو المستقرض ، توجه الضمان عليه ، والضمان على كل حال متوجه على الولي لتفريطه ، ورفع اليد عن مال الطفل لا على جهة الغبطة .

فهذا تفصيل الصور التي يجرى فيها الارتهان للطفل .

(١) في النسخ الثلاث : محض وفائدة .

٣٥٣٢- فأما رهن مال الطفل ، فهو إيقاع طائفة من ماله في حَجَر الرهن ، ولا يجوز هذا إلا بغبطة ظاهرة عريّة عن الغرر ، أو حاجة ماسّة على ما سنصف المسائل الآن .

فأما الحاجة : فإذا مست حاجة الطفل إلى ما يصرف إلى نفقته ، وكان ماله عقاراً ، فضنّ الولي بالعقار ، ولم يربعه واستمكن من استقراض شيء يُتَرَجَّى^(١) به ، ولم يُبْعَد أن يتأدى ذلك الدين من ربيع الضيعة ، ولكن لا يتمكن من هذا إلا برهن ذلك العقار ، فهذا جائز ، وظهور المصلحة فيه بيّن .

هذا بيان الحاجة .

فأما الغبطة : فإذا رأى الولي شيئاً يباع بألفٍ نسيئة . وكان يساوي ألفين ، ولكن كان لا يستمر الأمر إلا برهن شيء يساوي ألفاً من مال الطفل ، فالولي يفعل ذلك ؛ فإنه يتنجز فائدة الطفل ، وليس عليه غرر ؛ فإن الرهن لو تلف وأدى الولي ألفاً ، لم يخسر الطفل شيئاً ؛ فإن المشتري يساوي ألفين . وبمثله لو كان لا يقنع في هذه المعاملة إلا برهن يساوي ألفين ، فلا غبطة ؛ من جهة أن الحيلولة تقع ناجزة بين التصرف للطفل ، وبين الرهن في الحال ، ويجب بذل ألف في ثمن السلعة ، فإذا بذل الألف وفُرض التلف في الرهن ، فالثمن وقيمة المرهون ثلاثة آلاف ، والحاصل للطفل من المعاملة ألفان .

فإن قيل : العين المرهونة كانت تتلف أيضاً لو بقيت في يد الطفل غير مرهون . قلنا : نعم ولكن انتجز منع التصرف فيه ، ولو كان التصرف سائغاً لكان ربما يسبق التصرف ، فآل المنع إلى تنجيز الحجر وضم الثمن .

قال شيخنا أبو محمد لو كان المرهون بحيث لا يتلف في مطرد العادة كقراح من الأرض ، فهذا فيه احتمال ؛ من جهة أن الزيادة حاصلة في قيمة المبيع ، وتحصيل ش ١٥٥ الزيادة تنجيز ملك له على مقابلة حجر في الحال ، والتسبب/ إلى رفعه بأداء الثمن

(١) يتزجى به : يُكتفى به . (معجم) .

قريب . وهذا الذي ذكره محتملٌ حسن ؛ فإن الذي حقق الغرر تقدير تلفِ المرهون أمانة ، كما سبق التصوير فيه .

والذي ذكره شيخنا وإن كان منقاساً ، فهو على خلاف ظاهر المذهب .

هذا تفصيل القول في الارتهان للطفل ، وفي الرهن من ماله .

٣٥٣٣- وذكر العراقيون وجهاً بعيداً آخرته حتى لا ينتظم في ترتيب المذهب : وذلك أنهم قالوا : ذهب بعض أصحابنا إلى أن بيع مال الطفل نسيئةً قط لا يجوز ، وإن فرض التوثق بالرهن ، والتشوف إلى الغبطة الظاهرة ، وإنما يجوز التأجيل في بعض الثمن إذا نقد من الثمن قيمة السلعة ، يعني القيمة التي تشتري بها نقداً ، وذلك إذا كانت السلعة تساوي مائة نقداً ، ومائة وعشرين نسيئةً فباع الولي بمائة وعشرين ، مائة منها نقداً وعشرون نسيئةً وبالعشرين رهن . قال هذا القائل : لا تجوز النسيئة إلا كذلك في بعض من الثمن .

وهذا بعيد لا أصل له ، ولا ينتظر هذا عاقل . ثم اشترط الرهن في الفاضل من القيمة المنقودة خارج عن قياس المعاملات ؛ فإن تيك الزيادة لو لم تحصل ، لم يضع بتعذرها شيء من مال الطفل ، فلا أصل لهذا الوجه . والتعويل على ما رتبناه في الارتهان والرهن .

٣٥٣٤- ثم قال المعتبرون من أئمة المذهب : تصرف المكاتب في الرهن والبيع بنسيئة كتصرف الولي للطفل ؛ فإن تصرف المكاتب - إذا لم يشتمل على ترك النظر - مُطلقٌ له وأقصى النظر المرعي ما نأمر به الأولياء في حق الطفل .

وذكر العراقيون والشيخ أبو علي وجهاً آخر أن المكاتب لا يبيع نسيئة ، على الاستقلال ، وهو على كل حال في حقه معدود من التبرعات ، سواء ارتهن أو لم يرتهن . والولي في مال الطفل أبسطُ يداً من المكاتب وعليه حجرُ الرق ، فإذا بيعه نسيئة على هذا الوجه ملحق بتبرعاته . فإن استقل ، لم ينفذ ، وإن استأذن السيد ، فعلى قولين قياساً على سائر تبرعاته .

ولو رهن المكاتب حيث ينفذ رهن الولي [في مال الطفل ، ففي رهنه من الكلام

ما في بيعه نسيئة . فالذي ذهب إليه أهل التحقيق أنه ينفذ رهنه حيث ينفذ رهن الولي^(١) .

وفي المسألة وجه آخر حكّوه : أن رهنه تبرع ، ولا يخفى حكم تبرعه .
ثم إن قلنا : لا ينفذ الرهن من المكاتب ، ففي نفوذه من العبد المأذون وجهان ؛
من جهة أن الرهن في نفسه حجر ، وليس من عقود التجارة . وهذا يقرب من
الاختلاف الذي ذكرناه في أن العبد هل يملك إجارة الرقاب التي يتصرف فيها ؟ ووجه
التشبيه أن الإجارة والرهن ليس من عين التجارة ، وهو مأذون له في التجارة .

فصل في

قال : « ولو كان لابنه الطفل عليه حق . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٥٣٥- ما قدمناه من رهن مال الصبي على شرط الغبطة ، ومن الارتهان له ،
يستوي فيه الأب ، والقيم الأجنبي ، والوصي ، فلا خلاف في وجوه التصرفات ووجوه
النظر .

وإنما خالف الولي الوصي فيما قدمناه في كتاب البيع من حمل ظاهر تصرف الولي
على المصلحة ، وعلى من يدعي خلافها الحجة ، والوصي يطالب بإقامة الحجة على
رعاية المصلحة .

وهذا الفصل يختص مضمونه بالأب والجد ، فإذا كان لابنه الطفل عليه دين ،
فارتهن مال نفسه لطفله بالدين الذي للطفل عليه ، جاز هذا . ولو ارتهن مال الطفل
من نفسه حيث يجوز له أن يرهنه من غيره ، فيصح ، ولا يأتي هذا في الوصي والقيم
ي ١٥٦ والحاكم ؛ فإن هؤلاء لا يتولون طرفي العقد / .

ثم إذا باع الأب من نفسه مال طفله ، أو باع من طفله مال نفسه ، أو رهن منه أو
ارتهن له ، فهل عليه أن يأتي بشقي العقد الإيجاب والقبول ؟ أم يكفيه الإتيان بأحد

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ٢ / ٢١٠ .

الشقين ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - لا بد من أن يقول : رهننت وارتهنت ، وبعت واشتريت ، أو بعت ورهننت ، وقبلت ؛ لأن العقد استقلاله بركنيه وبهما كان عقداً .

والثاني - يكتفى بأحد الشقين ، والتعيين إلى اختيار الولي ؛ فإن التوافق تخاطب ، وهذا لا ينتظم من الشخص الواحد ، فيكفي الإثبات بشقٍّ لرسم العقد ، والتنصيب عليه . وإذا اكتفى بعاقده واحد لم يبعد الاكتفاء بلفظ واحد .

وإذا باع الأب من طفله أو ابتاع من ماله ، ففي ثبوت خيار المجلس خلاف : من أصحابنا من قال : لا يثبت ؛ فإن المجلس منتهاه التفرق وهو بين شخصين .

ومنهم من أثبت خيار المجلس .

ثم اختلف هؤلاء ، فقال بعضهم : ينقطع الخيار بمفارقة مجلس العقد . وقال آخرون : لا ينقطع الخيار إلا أن يختارَ إلزام العقد ، ويقطع الخيارَ لفظاً ؛ فإنه في مقام البائع والمشتري ، فمفارقتة المجلس كاصطحاب المتعاقدين ومفارقتهما المجلس .

وإذا رهن من طفله أو ارتهن من مال طفله ، فهل يحتاج إلى إجراء قبض ؟ الكلام فيه كالقلام فيما إذا رهن الوديعة عند المودع ، وسيأتي ذلك في فصل ، فإذا استقصينا ، أعدنا القول في الأب .

فصل في قبض الرهن

قال : « وإذا قبض الرهن ، لم يكن لصاحبه إخراجه من الرهن . . . إلى آخره » (١) .

٣٥٣٦- إذا رهن شيئاً وألزم الرهن بالإقباض ، تأكدت الوثيقة ، ولا فكاك إلا بسقوط الدين إما بالأداء وإما بالإبراء ، أو بفسخ المرتهن الرهن ؛ فإن الرهن جائز في حقه . أما الراهن ، فلا يجد سبيلاً إلى الفكاك ما بقي الدين ، فلو أدى معظم الدين ، لم ينفك من الرهن شيء ، ما بقي من الدين حبة ، أو أقل ، ولا يتوزع الدين على قيمة

المرهون ؛ حتى يقال : إذا أدى بعضاً ، فك من الرهن بقسطه .

وإذا أثبتنا حق الحبس للبائع ، فلو أدى المشتري بعض الثمن ، فالذي اختاره الأئمة أنه لا يستحق تسليم شيء من المبيع إليه ما لم يوف الثمن بكماله ، والمحبوس في هذا الحكم بالثمن كالمرهون المحبوس بالدين .

ولو كان لرجل على رجلين دين عن جهة واحدة ، أو جهتين ، فرهنا بما عليهما عبداً مشتركاً عند مستحق الدين ، وأقبضاه إياه ، فإذا أدى أحدهما ما عليه من الدين ، انفك الرهن في حصته ؛ إذ لا تعلق لرهنه نصيبه برهن صاحبه .

ولو وكلا وكيلاً حتى رهن عبدهما المشترك من مستحق الدين ، فإن علم المرتهن صورة الحال ، فالأمر على ما تقدم . ولا يختلف الأمر باتحاد الوكيل .

وقد ذكرنا تردد الأصحاب في اتحاد الوكيل وتعددده في البيع والشراء ، وأن الاعتبار في تعدد الصفقة بالوكيل المباشر للعقد أم بالموكل ، هذا ذكرناه على الاستقصاء في كتاب البيع في الفصل المشتمل على شراء رجلين عبداً من رجل ، أما الرهن ، فلا أثر فيه للوكيل ، والنظر إلى الموكل ؛ إذ ليس الرهن عقد ضمان حتى ينظر فيه إلى من تولاه ، بخلاف البيع .

ولو جرى الرهن والاقتراض من شخص واحد ، ولم يشعر المقرض المرتهن بكون المستقرض الراهن وكيلاً ، ثم تبين أنه وكيل شخصين في الاقتراض والرهن ، فالمذهب الأصح في هذه الصورة أن أحد الموكّلين إذا أدى الدين ، انفك الرهن في حصته .

ومن أصحابنا من قال : إذا جرى الرهن على ظن أن المتعاطي هو صاحب الأمر ،

ش ١٥٦ لم يحصل الانفكاك في شيء ما بقي من الدين / شيء .

وهذا غريب . ولكن حكاه صاحب التقريب قولاً وكرره ، في مواضع . ومثل هذا القول يشوّش قاعدة [المذهب ، فحق الناظر أن يكتفي بمعرفته ، ولا يعتده من أصل]^(١) المذهب .

(١) ساقط من الأصل . وكلمة (المذهب) الأولى ساقطة من (ص) ، (ت ٢) .

فَيَنْجُ : ٣٥٣٧- إذا رهن رجلُ عبداً من رجلٍ بألف درهم ، ومات الراهن ، وخلف ابنين ؛ فأدى أحدهما حصته ، وهو خمسمائة ، فهل ينفك الرهن في نصف العبد ؟ ذكر صاحب التقريب قولين^(١) : أحدهما - ينفك ، كما لو كان الراهن في الابتداء اثنين . وهذا ضعيف لا أصل له . والقول الثاني - أنه لا ينفك من الرهن شيء ما بقي من الدين شيء ، وهذا ما قطع به الإمام والمحققون ؛ فإن الرهن في الابتداء اقتضى وثيقة على وجهه ، فلتدم تلك الوثيقة .

وإنما ينقذح القولان في فك تعلق التركة ، فإذا مات رجل وعليه دين متعلق بتركته ، فإذا أدى أحد الوارثين لحصته ، فانفكك تعلق الدين بحصته لا يبعد أن يخرج على قولين مبنيين على أن أحدهما لو أقر بالدين ، وأنكر الثاني ، فهل يلزم المقر تأدية الدين من حصته من التركة ؟ فيه قولان مشهوران ، كما سنذكرهما في كتاب الأقارير . فأما وثيقة أثبتها شخص واحد على قضية ، فيبعد أن تزول تلك القضية بموته ، وتعد ورثته ، ولهذا التفات على موت السيد المكاتب وتخليفه ورثته ، وأداء المكاتب حصّة بعضهم . والقول في هذا طويل .

فَضَائِلُ

قال : « ولو أكرى الرهن من صاحبه أو أعاره أياماً ، لم يفسخ الرهن . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٥٣٨- اختلف الأصحاب في صورة المسألة : فمنهم من قال : صورة المسألة أن يكتري الراهن المرهون من المرتهن ، لأن الإكراء إنما يصح منه ؛ إذ هو المالك والمستحق للتصرف في المنفعة ، فعلى هذا يسمّى المرتهن صاحب الرهن بماله من حق الحبس . وقصد الردّ على أبي حنيفة^(٣) حيث قال : الرهن والكراء لا يجتمعان .

(١) في (ص) : وجهين . وساقطة من (ت) (٢) .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠/٢ .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٩٣ ، المبسوط : ١٠٧/٢١ ، مختصر اختلاف العلماء : ٢٩٧/٤ .

مسألة : ٢٠١٤ .

وإذا أجزنا ، فأخرهما ينقض^(١) أولهما .

ومن أصحابنا من قال : صورة المسألة أن يكري المرتهن المرهون من الراهن ، ويُقبضه على اعتقاد الإجارة ، فلا شك أن الإجارة فاسدة ؛ فإنها ليست صادرة عن استحقاق ، ولكن الغرض أنَّ المرهون وإن رجع إلى يد الراهن ، فلا يُقضى بانفساخ الرهن ، وإن كان العود إلى يده برضا مستحق اليد ، وهو المرتهن .

ومن أصحابنا من صور إجارة تصح من المرتهن لينتظم كلامُ الشافعي ، فقال : لو أكرى رجل عبداً من رجل ، ثم إنه رهنه منه ، فالعقدان ثابتان ، والمرتحن يتصرف في المنافع ؛ فإنه مستحقها بالإجارة السابقة . فإذا أجز ذلك العبد من الراهن ففي صحة الإجارة وجهان ، سيأتي ذكرهما في كتاب الإجارة . وسبب الخلاف كون المستأجر مالكا للرقبة ، فهذه صورة الإجارة الصحيحة على وجه . وغرض الفصل أن الرهن لا يبطل برجوع العين إلى يد الراهن .

فصل في

قال : « ولو رهنه ودیعة له في يده . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٥٣٩- إذا أودع رجل عيناً عند رجل ، ثم إن مالك العين رهنها من المودع ، فالذي نص عليه هاهنا أنه لا بد في القبض من إذن ، ونفس عقد الرهن مع ثبوت اليد ي ١٥٧ للمرتحن ، لا يكون متضمناً إذناً في القبض / .

ونص على أنه لو وهب شيئاً وهو في يد المتهب ، صار مقبوضاً من غير إذن جديد .

ونصه هذا يخالف نصه في الرهن ، فاختلف أصحابنا على طريقتين : فمنهم من جعل في المسألة قولين بالنقل والتخريج أحدهما - لا يشترط الإذن في القبض ، لا في الرهن ، ولا في الهبة ؛ فنفس العقد إذا صادف اليد من المرتحن والمتهب ، كان

(١) في (ص) ، (ت ٢) : يفسخ .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

متضمناً إذناً في القبض . والقول الثاني - وهو القياس أنه لا بد من الإذن في القبض في المسألتين ؛ فإنه لم يجز له تعرض ، واليد السابقة كانت يدً وديعة أو يداً عن جهة أخرى .

ومن أصحابنا من أقر النصين في الرهن والهبة قرارهما ، وشرط الإذن في القبض في الرهن ، ولم يشترط ذلك في الهبة . وفرق بينهما بالقوة والضعف ، فالهبة مملّكة والرهن مقصوده إثبات اختصاص .

فإن قلنا : لا بد من الإذن ، فالعقد قبل الإذن على الجواز ، وهو رهن غير مقيد بالقبض ، وإذا جرى الإذن ، لم يحصل القبض بمجرد الإذن أيضاً ، حتى يمضي من الزمان ما يتأتى فيه القبض ، وهو زمان يسع الرجوع إلى موضع الوديعة .
وعلة هذا أنا نريد أن نجعل دوام اليد كابتداء القبض بالإذن ، ولا أقل من أن يجري زمنٌ يُتصوّر فيه ابتداء القبض لو أُريد ذلك .

وإن جعلنا نفس العقد إذناً في القبض ، فلا بد وأن يمضي من وقت العقد زمان يسع إمكان الإقباض بتقدير الرجوع إلى المكان الذي به العين . وقد اتفقت الطرق على اعتبار الزمان .

قال الشافعي : « لو كان في المسجد والوديعة في البيت ، لم يكن قبضاً حتى يصير إلى منزله الذي هو فيه »^(١) .

فإذا ثبت اعتبار مضي الزمان ، فهل يشترط حقيقة الرجوع من القابض ، ومعاينة العين ، فعلى وجهين : أحدهما - لا يشترط ذلك ، بل يكتفى بمضي زمان إمكان الرجوع ؛ فإن الأمر مبني على استدامة ، لا على ابتداء فعل . والذي يليق ثمّ بالاستدامة الاكتفاء بزمان الرجوع .

والوجه الثاني - أنه لا بد من الرجوع حتى يصير الدوام مع الثقة بوجود العين بمثابة افتتاح إقباض . ونصّ الشافعي دليل عليه ؛ فإنه قال : « لو كان في المسجد والوديعة في البيت ، لم يكن قبضاً حتى يصير إلى منزله » .

(١) ر . المختصر : ٢١٠/٢ . وعبارته : « ... حتى يصير إلى منزله وهي فيه ... إلى آخره » .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً ثالثاً ، فقال : إن كانت العين مأمونة التلف ، فلا حاجة إلى الرجوع والمعاينة ، وإن كان لا يأمن تلفه ، فلا بد من الرجوع والمعاينة .

ثم ما ذكرناه من الأمر يُكتفى فيه بغلبة الظن ، ولا يشترط اليقين في ذلك .

قال العراقيون : هذا هو المذهب . عنوا مضي الزمان وحكوا عن حرمة من أصحابنا : أنا إذا لم نشترط إذناً ، فلا نشترط مضي مدة أيضاً ، ولكن يتم القبض بنفس العقد ولفظه حكماً . فظاهر ما نقلوه عن حرمة سقوط اعتبار الزمان على قولنا : أنا لا نشترط إذناً في القبض . ومقتضى نقلهم أنه يوافق الأصحاب على قول اشتراط الإذن ، ويعتبر مضي الزمان من وقت الإذن .

وقياس مذهبه إسقاط اعتبار الزمان بعد الإذن ، كما يسقط اعتباره بعد العقد إذا لم يشترط الإذن .

٣٥٤٠- ومن تمام التفريع على المذهب المشهور أنا إذا اشترطنا الرجوع إلى مكان العين ، فهل يشترط أن ننقلها من مكان إلى مكان ، كما يقع مثله قبضاً وإقباضاً بين ش ١٥٧ اثنين ؟ فعلى وجهين / : أحدهما - لا بد منه ، لتثبت صورة القبض . وكأن هذا القائل ليس يقنع بدوام اليد . وهذا ضعيف ؛ فإنه إن كان يشترط إجراء قبض ، فكيف يكون الشخص الواحد قابضاً مقبضاً ؟ وقد ذكرنا ما فيه من مسائل القبض في كتاب البيع .

ثم استكمل التفريع الشيخ أبو علي^(١) فقال : إذا ثبت أنه لا بد في القبض من انقضاء زمان بعد الإذن ، ولا بد من الإذن ، فابتداء المدة من وقت الإذن ، فلو كان الكلام في مبيع ، فهو قبل انقضاء المدة في ضمان البائع لو تلف ، ولو تلف بعد المدة ، فهو من ضمان المشتري .

وإذا شرطنا الإذن في القبض في الرهن والهبة ؛ فيصح الرجوع عن الإذن قبل انقضاء المدة . ولو انقضت المدة ، ولم نشترط الرجوع إلى عينه ، لم يؤثر رجوعه عن الإذن .

وكل ذلك بيّن . ولكني أحبيت نقله منصوباً لإمام .

(١) في (ت ٢) : الشيخ أبو إسحاق .

وتمام بيان الفصل في شيء : وهو أنا إذا جعلنا نفس العقد منهما إذناً في القبض ، فهل يملك العاقد الرجوع قبل مضي الزمان ؟ فعلى وجهين أشار إليهما صاحب التقريب ، وصرح بهما شيخنا : أحدهما - أن الرجوع ممكن ؛ إذ لا قبض بعد . والثاني - لا ؛ فإن القبض صار ضمناً للعقد .

ولعل حرملة قال ما قال عن هذا ، حيث أسقط اعتبار الزمان على قول اشتراط الإذن .

هذا كشف الغطاء في الفصل .

٣٥٤١- ولم نتعرض فيما أجريناه للبيع والقبض فيه ، وهذا أو أن ذكره . وقد قطع الأئمة [في] ^(١) الطرق أنه لا حاجة إلى إذن في القبض في البيع ، بل إذا باع مالك الوديعة الوديعة من المودع ، ومضى زمان يحتمل الرجوع ، فقد استقر العقد ، وانتقل الضمان .

وفرقوا بين البيع ، والهبة ، والرهن ، بأن قالوا : البيع مقتضاه وجوب الإقباض على الجملة ، فإذا أورده المالك على يد المشتري فقد أوجب له القبض . والقبض لا يستحق قط على الراهن والواهب ، بل وضع العقدين على وقوف القبض على اختياره . وهذا يتأكد بحصول الملك للمشتري ، فإذا انضم ملكه إلى دوام يده [و] ^(٢) ورد عليه العقد ، تم الأمر .

وعلى هذا ظهر خلاف بين الأصحاب في أن الزمان هل يعتبر بعد جريان العقد ؟ فمنهم من قال : لا حاجة إلى الزمان مع تأكيد الحال في اجتماع الملك واليد . ومنهم من قال : لا بد من اعتبار الزمان ، كما ذكرناه في الرهن والهبة .

هذا هو المسلك المشهور للأصحاب .

وذكر الشيخ أبو علي في الشرح وجهاً أن القبض لا يحصل ، ولا يبطل حق البائع في حبس المبيع إذا أثبتنا له حق الحبس ، ما لم يأذن في القبض ، أو يتوفر عليه الثمن

(١) في الأصل : على .

(٢) ساقطة من الأصل .

من جهة المشتري . وهذا غريب . وإن كان قياسه على قبض الهبة والرهن واضحاً .
ثم لو وفر الثمن على هذا الوجه الضعيف أو أذن البائع في القبض ، ففي اعتبار الزمان
ما ذكرناه من الخلاف .

والذي ينقدح لنا في هذا : أنا إن لم نُحصل القبضَ حتى يتوفر الثمن ، فينبغي أن
تكون العين في يد المشتري بمثابة المبيع يقبضه قبل توفير الثمن ، حتى لو فرض
التلف ، لجرى الأمر فيه كما أوضحناه في كتاب البيع . وهذا يلتفت على قبض الطعام
المشتري مكايلة جزافاً .

ي ١٥٨ هذا منتهى البيان في أطراف / الفصل .

٣٥٤٢- وقد كنا وعدنا أن نذكر حكم قبض الأب إذا رهن من طفله ، أو ارتهن من
مال طفله .

[فنقول : إن ارتهن من مال طفله ، فاليد في مال طفله له ؛ فهو كالمودع ، ولكن
الترتيب في المودع يتعلق بإذن المالك ، والمرعي هاهنا قصد الأب . ثم الكلام بعد
قصده في الزمان كما مضى .

هذا إذا ارتهن من مال طفله^(١) .

فأما إذا رهن من الطفل فيرعى أن يقصد إقباضه ، وإقباضه أن يقبض له .

ثم القول في المدة وما يتصل بها كما مضى .

ونجز الفصل على أبلغ وجه في البيان .

فصل في

قال : « ولا يكون القبض إلا ما حضره المرتهن أو وكيله . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٥٤٣- قبض المرهون مما يتطرق النيابة إليه . فإن قبض المرتهن بنفسه عند إقباض

الراهن إياه ، أو عند إذنه له في القبض فذاك . وإن وكل وكيلاً حتى يقبضه له ، صح .

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ٢ / ٢١٠ .

وليكن ذلك الوكيل ممن يصح قبضه ، ولا تكون يده يدَ الرهن . لهذا عقدُ الفصل .

فلو وكل عبدَ الرهن ، أو مدبره ، أو أمّ ولده ، حتى يقبض ، لم يحصل القبضُ بأيديهم ؛ فإنها بمثابة يد المالك الرهن . ولو وكل مكاتب الرهن ، صح قبضه ، فإن يده مستقلة ، وهو بمحل أن يعامل سيده .

ولو وكل عبدَ الرهن المأذون في التجارة ، فقد ذكر الشيخ أبو علي ثلاثة أوجه : أحدها - أن قبضه لا يصح . وهو الأصح ؛ فإنه قَبْضٌ لمالكة . والوجه الثاني - أنه يصح لانفراده بالتصرف والتزام العهد . والوجه الثالث - وهو اختيار الشيخ أنه إن لم يكن مديوناً ، لم يصح قبضه للمرتهن . وإن كان مديوناً ، صح ذلك ؛ فإنه إذا أحاطت به الديون تُثبت له أحكاماً لا تثبت قبلها .

قال الشيخ : لو اشترى المأذون شقصاً وسيده شريك في الدار ، فإن لم يكن عليه دين ، فلا شفعة للسيد ؛ فإن الشراء وقع له ، فلا فائدة في الشفعة ، وإن كان عليه دين ، فهل تثبت الشفعة للسيد ؟ فعلى وجهين .

وهذا بعيد عندي ؛ من جهة أن الملك يقع له ، ومن يمنعه من أداء الديون ، وتخليص الشقص المشتري لنفسه ؟ ولعلّي أعود إلى هذا في كتاب الشفعة .

ولو وكل المرتهن صبيّاً بقبضه ، فقبضُ الصبي باطل ، ولا يلزم الرهن به . وقد ذكرنا طرفاً صالحاً منه في كتاب البيع .

فَرَجٌّ : ٣٥٤٤- ذكر العراقيون نصين عن الشافعي فيه إذا قال الرهن للمرتهن : قد أذنت لك في قبض الرهن ، فلم يقبضه . وقال المرتهن : قد قبضته . قالوا : قال الشافعي في موضع : « القول قول المرتهن » ، وقال في موضع : « القول قول الرهن » . ثم قالوا : ليست المسألة على قولين ، ولكنها على حالين ، فحيث قال : « القول قول المرتهن » ، أراد إذا كان الرهن في يده . وحيث قال : « القول قول الرهن » ، أراد إذا كانت يده ثابتة على العين المرهونة .

فَرَجٌّ : ٣٥٤٥- إذا رهن المودع الوديعة عند المودع ، قلنا : لا بد من الرجوع إلى مكان الوديعة ، فلو وكل وكيلاً حتى يرجع ، ويشاهد ، وينوب عنه ، فهل يصح

التوكيل في ذلك ؟ أم لا بد من رجوع المرتهن بنفسه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يصح التوكيل فيه ، وهو الأصح ، كالتوكيل في أصل القبض . والثاني - لا يصح ؛ فإنه ليس قبضاً على الحقيقة ، وإنما هو أمر حكمي ، واليد للمودع ، فليكن الرجوع منه .

٣٥٤٦- فرع متصل بقبض الصبيان ، وما يتلف في أيديهم ، نقله بعض الأثبات من أجوبة القاضي عن مسائل الوقائع : سئل عن تلاعب الصبيان بالجوز فقال : إنه قمار ، ش ١٥٨ ولا حرج/ على الصبيان لعدم التكليف ، وما يتلف في يد الصبي من جوز صبي فضمامه ثابت في مال الصبي الذي تلف في يده .

فإن كان يلاعبهم بالغ ، فما يتلف في يده من جوز الصبيان مضمون عليه ، وما يتلف في أيدي الصبيان من جوزة ، فلا ضمان ؛ فإنه المفرط بتسليطهم على جوزة وإثبات أيديهم عليها .

وإذا حصل في يد صبي جوزات صبي ، وعلم بها القيم ، أو الأب ، ومن يلي بنفسه أو بتولية ، فإذا لم يتزعها ، وجب الضمان على القيم ، أو الولي للتفريط .

وإن علمت به أمه ، ولم تتزعها ، فالأصح أنه لا ضمان عليها ؛ تخريجاً على أن الأم ليست ولية ، فسيبها ولا نظر لها كسبيل الأجانب .

ولا إشكال في شيء مما ذكرناه ، وإنما المستفاد منه التسبب إلى تخريج مسألة مبنية على أصول هي أقطاب المذهب .

فَضْلُكَ

قال : « والإقرار بقبض الرهن جائز . . . إلى آخره »^(١) .

٣٥٤٧- إذا أقر المالك بالرهن والإقباض ، حكم عليه بموجب إقراره .

ولو قامت البينة على إقراره بالرهن والإقباض ، فقال : قد أشهدت على إقراري [وما أقبضت]^(٢) نظر : فإن ذكر سبباً لا يستنكر وقوع مثله ، مثل أن يقول : ظننت أنني

(١) ر . المختصر ٢/ ٢١٠ .

(٢) في الأصل : « وما قبضت » والمثبت من (ت ٢) ، (ص) .

[أقبضت]^(١) ، فأقررت على موجب ظني ، ثم تبينت خلاف ذلك ، أو قال : اعتمدت كتاب وكيل لي ، ثم تبينت أنه مزور ، أو قال : ظننت أن الإقباض بالقول صحيح ، فبنيت إقراره عليه ، أو قدمت الإشهاد على الصك والعرف جارٍ بمثله . فهذه جهات غير منكورة . فإذا ادَّعى شيئاً منها ، واقتصر على دعواه هذه ، لم يلتفت إليه ، وقد جرى القضاء بالإقرار .

وإن قال : حلفوا المرتهن أنه قبض ، فله تحليفه . ثم لا يخفى طريق فصل الخصومة عند عرض اليمين وفرض الحلف أو النكول . وإنما جوزنا تحليفه ؛ لأن ما قاله ممكن ، والمدعي يكتفي في ثبوت دعواه بإمكانها . وكيفما فرض الأمر ، فغاياته أن يُسَعَفَ بتحليف خصمه .

ولو أنه أقر بالإقباض ، ثم قال : كذبت فيما قلت . ولم يذكر جهة يستند إليها صدر إقراره ودعواه التي يدعيها بعده ، فالذي قطع به المرازمة أنه لا يقبل منه على هذه الصيغة ، ولا يملك تحليف خصمه وهذه صيغة لفظه .

وذكر العراقيون هذه المسألة : وهي إذا كذب نفسه صريحاً في إقراره السابق ، وقالوا : ما صار إليه معظم الأصحاب أن له أن يحلف خصمه ، ويحمل تكذيبه نفسه على جهة من الجهات التي ذكرناها ، لا على الكذب الصريح ؛ فإن هذا ممكن . وقد ذكرنا أن الدعوى لا تعتمد إلا الإمكان . وهذا متحقق في التكذيب .

قالوا : قال أبو إسحاق المروزي : ليس له في هذه الصورة أن يحلف ، وهذا الذي قطع به المرازمة . وكان شيعي أبو محمد يحكي عن شيخه القفال أن ما ذكره من ملك الدعوى والتحليف فيه إذا ثبت الإقرار في مجلس القاضي بالبيئة . فأما إذا ادعى الخصم الرهن والإقباض ، فاعترف في مجلس القضاء ، ثم أراد أن يذكر لإقراره محملاً ويحلف خصمه عند ذلك القاضي ، لم يكن له ذلك .

وهذا تخيل عندي ، فإننا إذا كنا نعتد الإمكان ، فينبغي أن يُكتفى به . نعم إن اتحد المجلس ، فقد يتجه أن نجعل هذا بمثابة تكذيبه نفسه ، وإن قام من ذلك

(١) في الأصل : « قبضت » والمثبت من (٢) ، (ص) .

ي ١٥٩ المجلس / وعاد وأبدى عذراً ، فيتجه تنزِيل هذا منزلة ما لو أبدى عذراً في مخالفة الشهود .

وإن أقام الفقيه لما يجري في مجلس القضاء مزية ، واعتضد فيه بأمرٍ يتعلق بخرم أبهة القضاء والغض من مجالس القضاء ، وذلك أن الرجل إذا أقر بين يدي القاضي ، ثم قال على الفور : كذبت أو أخطأت ، فحلف خصمي ، فهذا مما لا يعتمد مثله . ولو فرض ، لم نشك أن القضاة الأولين كانوا لا يسعفون بالتحليف ، بل [ربما]^(١) كانوا يرون ذلك لو وقع من مظان التأديب والتعزير . وكل هذا والمذكور إقرار .

فأما إذا شهد عدلان على فعل الإقباض ، فقال المشهود عليه للقاضي : حلف خصمي ، لم يجب إلى ذلك ؛ فإنه كذب الشهود ، وليس كذلك إذا شهدوا على الإقرار ، فإنه في طلب التحليف ليس يكذب الشهود وإنما يجمع بين تقدير ذلك الإقرار وبين وجه ممكن .

وهذا معترضٌ في هذا الباب ، واستقصاء أصله وتفصيله في كتاب الدعاوى .

فَضْلُكَ

قال : « والقبض في العبد والثوب . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٥٤٨- أراد الشافعي أن يتكلم في طرف من كيفية القبض . وقد مضى استقصاء هذا في البيع ، وبينّا ثم ما يكون قبضاً في المنقول ، وما يكون قبضاً في العقار . والذي يقع الاكتفاء به هاهنا أن ما يكون قبضاً ناقلاً للضمان في البيع ، فهو قبض في الرهن ؛ فإن صور القبض لا تختلف باختلاف المقاصد .

قال القاضي : ذكرنا قولاً في كتاب البيع في أن التخلية في المنقولات هل تكون قبضاً أم لا بدّ من النقل ؟ وهذا لا يخرج في الرهن والهبة ؛ من جهة أن خروجه اتجه في البيع بكون القبض مستحقاً فيه ، فإذا ارتفع حجر البائع - وهو مستحق الحبس -

(١) ساقطة من الأصل . وأثبتناها من (ت ٢) ، (ص) .

(٢) ر . المختصر : ٢ / ٢١٠ .

بالتخلية ، وانضم إليه ملك المشتري واستحقاقه القبض ، لم يبعد أن تكون التخليّة كافيةً . وهذا المعنى لا يتحقق في الرهن والهبة ؛ فإن القبض غير مستحق فيها . وهذا الذي ذكره حسن . ولكن صرح الأصحاب بذكر قول التخليّة في الهبة والرهن ؛ مصيراً إلى أن القبض صورٌ ، فلا تختلف باختلاف المحال .

فصل في

قال : « ولو كان في يد المرتهن بغصبٍ . . . إلى آخره »^(١) .

٣٥٤٩- مالك العين إذا صادفها مغصوبة ، فرتها عند الغاصب ، فالرهن صحيح ، والذي ذهب إليه معظم الأصحاب أن القول في حصول القبض بنفس الرهن كالقول فيه إذا رهن المودع عند المودع بلا اختلاف .

وذهب بعض أصحابنا إلى أن القول الذي يخرج في المودع : في أن نفس الرهن يتضمن الإقباض لا يخرج هاهنا ؛ فإن يد المودع صدرت عن حكم المالك ، فإذا صادفها الرهن ، كان دواؤم اليد بمثابة ابتدائها في قول . وهذا لا يتحقق في يد الغاصب .

وهذا تخيل . والأصح ما عليه الجمهور .

ثم إذا حكمنا بتمام الرهن على التفاصيل المقدمة ، أو صرح الراهن بالإذن في الإمساك عن جهة الرهن ، فمذهب الشافعي أن ضمان الغصب لا يزول بهذا ، فتكون العين مرهونة في يد الغاصب مضمونة عليه بحكم الغصب ، وبناء المذهب على أن الضمان يثبت بيد الغاصب ، فلا يزول ما لم تزل يد الغاصب إلى المالك ، أو يزول ملك المالك إلى الغاصب .

وقنع بعض أصحابنا بأن أطلقوا إمكان اجتماع الرهن والغصب إذا فرض طريان العدوان . وهذا غير سديد ؛ فإن طريان العدوان سببه / إحداث المرتهن ما لم يكن له ١٥٩ ش أن يحدثه ، وليس يشبه هذا إذن المالك للغاصب في الإمساك . ومن لا يستشعر

غموض هذه المسألة فليس من [الفقه]^(١) في شيء ؛ فإن ضمان الغصب سببه عدوان الغاصب . وقد انقطع العدوان بالإذن في جهة غير مضمّنة .

ولو أودع العين الموصوبة عند الغاصب ، فقد ظهر اختلاف الأصحاب في انقطاع ضمان الغصب ، فمنهم من قال : لا ينقطع ما لم تبدّل اليد . ومنهم من قال : يزول ضمان الغصب ؛ فإن الائتمان مقصود في الإيداع ، وليس الائتمان مقصوداً في الرهن ، بل مقصوده التوثيق . ثم الأمانة من وجبه ومقتضاه .

٣٥٥٠- ولو أجر المالك العين الموصوبة من الغاصب ، والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر ، فهل يُقضى بأن الموصوب ينقلب أمانة في يد الغاصب بالإجارة ؟ فعلى وجهين مرتبين على الوجهين في الإيداع . والإجارة أولى بأن لا تسقط ضمان الغصب ؛ لأن الائتمان ليس مقصوداً فيها .

ولو وكل المالك الغاصب بالبيع فإن استحفظه في الحال مودعاً ، ثم أذن له في البيع إذا وجد طالباً ، فالاستحفاظ إيداع ، وقد مضى الكلام فيه . وإن لم يجر استحفاظاً ، فالوكالة المطلقة في البيع نازلة منزلة الإجارة ؛ لأن الائتمان غير مقصود فيها ، بخلاف الإيداع ؛ وكانت الوكالة من هذه الوجوه كالإجارة .

ويجوز أن يقال : الوكالة المطلقة أولى بأن لا تبطل ضمان الغصب ؛ من قبل أن الإجارة في ضمنها تسليط القبض والإمسك ، والتوكيل في البيع ليس كذلك ، فيتجه ترتيب الوكالة المطلقة على الإجارة .

فإن قيل : اعتمدتم في ترتيب المذهب أن الأمانة ليس مقصوداً في الإجارة ، وإن كانت الأمانة من حكمها ، فهلاً نزلتم الرهن منزلة الإجارة ؛ فإن الرهن في وضعه لا يقتضي ضماناً كالإجارة ؟

قلنا : نود لو كان كذلك ، ولكن لم نطلع في هذا على خلاف للأصحاب معتبر ، والاعتبار بما يُجرىه أئمة النظر في مسائل الخلاف ، إذا كان لا يستند إلى أصل في المذهب من طريق النقل .

(١) في الأصل : المسألة .

والذي ينتظم في محاولة الفرق بين الرهن والإجارة أن بناء بقاء الضمان على أنه حكم ثابت باليد ؛ فلا يزول مع دوام اليد والملك . والإيداع خرج على الخلاف ، والظاهر أنه يقطع الضمان ؛ لأن يد المودع مقصورة على غرض المالك وحظه ، فنزل الإيداع منزلة الرد .

ويد المستأجر (مستأجرة)^(١) من يد المودع ؛ من حيث إن الحظ فيها ليس للمالك على التمتع ، ولكن الحظ مشترك ، فحظ المستأجر استيفاء المنفعة ، وحظ المالك تقرير عوض المنفعة ، فاقضى ذلك فرقاً ظاهراً بين يد المستأجر ويد المودع . فأما يد الرهن ، فلا حظ فيها للمالك أصلاً ، وإنما الحظ كله للمرتهن .

وإذا كان كذلك لم تنزل يد المرتهن منزلة الرد على المالك .

فإن قيل : إذا كان الحظ للمرتهن ، فهلا جعلتم يده يد ضمان كيد المستعير ؟ قلنا : إنما كان ذلك لأن المقصود من الرهن الوثيقة ، والتعرض لغرر الضمان لا يطابق الوثيقة .

فإن قالوا : نفي^(٢) الضمان إذا^(٣) مقتضى الرهن ، فاجعلوا الأمر كذلك ، فأسقطوا ضمان الغصب أو لا تصححوا^(٤) يد الراهن .

قلنا : ذلك لأننا لا نرى الأيدي الطارئة على الغصب منقسمة ، ويد المرتهن لو لم يسبقها عدوان لا تقتضي ضماناً ، ولكنها لا تقوى على إزالة ضمان . وهذا في نهاية الإشكال . وهو من فنون الاحتيال التي نكرها/ من أصحاب أبي حنيفة في مدافعات ١٦٠ ي الكليات الجلية .

والأصل الذي يبتدره الفقيه المنصف أن يزول الضمان عند انقطاع^(٥) العدوان .

(١) (ص) ، (ت ٢) : مستأجرة . وفي الأصل هكذا (مسأجره) بدون نقط . ولعلها مستأجرة (بالخاء) ، فالكلام في ترتيب المسألة .

(٢) في (ت ٢) : بقي .

(٣) في (ص) : إذا من مقضي .

(٤) في (ت ٢) ، (ص) : فصححوا .

(٥) بعد أن قرر الإمام نص الشافعي ، وأقام المذهب عليه ، وأرسل قاعدته ، عاد فأكد ما يراه قائلاً : إن الضمان يزول عند انقطاع العدوان .

فهذا منتهى الإمكان . ومعتمد المذهب النقل .

٣٥٥١- ومما يتعلق بأطراف المسألة أن المالك إذا قال للغاصب : أبرأتك عن ضمان الغصب ، ففيه وجهان : أحدهما - أنه لا يبرأ . والثاني - أنه يبرأ ؛ وتصير يده يد أمانة ، والوجهان مأخوذان من الأصل المشهور في أن ما لم يجب ووُجد سبب وجوبه هل يصح الإبراء منه ؟ وفيه قولان . وبيان ذلك أن القيمة إنما تجب على الغاصب ، إذا فأت العين ، وامتنع ردها ، والغصب سبب ناجز لاقتضاء هذا الضمان ، عند تعذر الرد .

٣٥٥١م- ثم ذكر الشيخ أبو علي للرهن المغصوب ترتيباً ، هو تنمة الكلام ، فقال : إذا رهن المالك المغصوب من الغاصب ، وأذن في القبض ، وتم القبض كما فصلناه فيما تقدم ، فقد انبرم الرهن ، حتى لو أراد الراهن الفسخ ، لم يجد إليه سبيلاً . ولو أراد المرتهن أن يزول عنه ضمان الغصب ، فليرد العين إلى الراهن ، فيخرج عن ضمان الغصب ، ولا ينقطع حقه من الوثيقة . ثم إنه كما رده على المالك يملك استرداده . ويخرج من ذلك أن له أن يجبر الراهن على قبض الرهن ؛ ليزول عنه الضمان ، وليس للراهن أن يمتنع من ذلك . ثم ما قبضه يلزمه أن يردّه على المرتهن ؛ لأن الرد لازم .

وجرى في أثناء كلام الشيخ ما يدل على أن للراهن أن يسترد العين المغصوبة ، ثم يردّها ، حتى إذا امتنع المرتهن من ذلك أجبر على الرد ، ثم يرد عليه .
هكذا ما أجراه .

والقياس عندي أن الراهن لا يملك هذا ؛ فإنه أثبت للمرتهن يداً لازمة ، ونحن إنما جوزنا للمرتهن أن يجبر الراهن على استرداد العين ، ليحصل غرضه في الخروج عن الضمان ، وهذا لا يتحقق في جانب الراهن ؛ فإنه لا غرض له في تبرئة ذمة المرتهن عن عهدة الضمان . وقد صرح القاضي بهذا في « الأسرار »^(١) ، والمسألة ظاهرة .

(١) اسم كتاب للقاضي . مخطوط طالعناه ، وانتقينا منه .

فَسَّخَ : ٣٥٥٢- العارية مضمونة في يد المستعير ، فلو رهن العينَ العاريَّةَ من المستعير ، وأذن له في قبضه عن الرهن ، فهل يزول ضمان العارية ؟ فعلى وجهين : ذكرهما صاحب التقريب : أحدهما - لا يزول ، كما لا يزول ضمان الغصب . والثاني - يزول ؛ فإن ضمان العارية أخف من ضمان الغصب ، وهذا التفاتٌ منه على الخلاف المشهور في أن العارية هل تضمن ضمان الغصب ؟

وأنا أقول : المرتهن مراعى حظَّ نفسه وعلةُ الضمان في حق المستعير أنه قابض لحظ نفسه من غير استحقاق . فلما ثبت الاستحقاق في حق المرتهن ، وانطبق هذا على الإذن ، ظهر فيه زوال الضمان ، وليس كذلك ضمان الغصب .

ولست أذكر هذا عن اعتقاد ؛ فإن مضادة الرهن للعدوان أوقع مما تكلفناه في الرهن والعارية .

فَضَّلَا

قال : « ولو رهنه دارين ، فقبض أحدهما . . . إلى آخره »^(١) .

٣٥٥٣- إذا رهن عبيدين أو دارين بدين ، وأقبض أحدهما دون الأخرى ، فالتى جرى القبض فيها مرهونة بجميع الدين عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) .

ومعول المذهب أن الدين لا يتعلق بالمرهون تعلق التقسيط ، بل كل جزء من الرهن مرهون بكل الدين ، ولا خلاف أنه لو تلف أحدهما في يد الراهن ، وأقبض الثاني ، كان مرهوناً بالجميع .

وإذا باع الرجل عبيدين بمبلغ من الثمن ، ثم انفسخ البيع في أحدهما ، لم يكن الباقي في مقابلة جميع الثمن ؛ لأن انفساخ العقد في المعوض يوجب انفساخه في العوض الذي / يقابله ، ومساق هذا يتضمن سقوط مقدار من الثمن ، فكيف يُتَخِيل ١٦٠ ش والحالة هذه أن يكون الباقي محبوساً بجميع الثمن ، وقد تحقق سقوط قسط من

(١) ر . المختصر : ٢ / ٢١٠ .

(٢) ر . المبسوط : ٢١ / ٦٩ ، ٧٠ ، البدائع : ٦ / ١٣٨ .

الثلث . وليس الدين عوضاً للرهن حتى يفرض بانفساخ الرهن في بعض المرهون سقوط بعض الدين .

وقد ذهب الأئمة المعتبرون إلى أن من باع مقدراً من المكيل بثمن معلوم ، وتوفر عليه معظم الثمن ، والتفريع على أن حق الحبس ثابت للبائع ، فلا يلزم تسليم شيء ما بقي من الثمن شيء . فلما كان الثمن باقياً ، جرى حبس المبيع على قياس حبس الرهن ، وآل افتراق الباين إلى سقوط بعض العوض في البيع عند فوات بعض المبيع . وهذا لا يتصور في الدين بالإضافة إلى الرهن .

وقد ذهب بعض أصحابنا إلى أن توفير بعض الثمن يوجب على البائع تسليم مقداره من المثلث ، إذا كان المبيع قابلاً للقسمة . وهذا رديء غير معتد به ، والأصل ما قدمناه .

وهذا الوجه ليس بأبعد في القياس عن قول مشهور في الحكاية في تفريع تفريق الصفقة : وهو أن كل الثمن يبقى وإن انفسخ العقد في معظم الثمن ، ورب وجه منقاس لا أعده من المذهب ؛ إذ لم يشتهر نقله ، وأعد قولاً أضعف منه لاشتغال النقل فيه .

٣٥٥٤- ثم ذكر الشافعي أن من ارتهن داراً وقبضها ، وانهدمت في يده ، فالرهن باقٍ على الساحة ، والنقض المنهدم رهنٌ ؛ فإنَّ تغَيَّرَ صفة المرهون لا يخرجُه عن كونه رهنًا . وهذا مستبين .

فصل في

قال : « ولو رهنه جارية . . . إلى آخره » (١) .

٣٥٥٥- هذا الفصل يقتضي تأخير ما قدمه الشافعي ، وتقديم ما أخره ، فنبداً باستقصاء القول في إعتاق الراهن العبد المرهون ، واستيلائه الجارية المرهونة ، حتى إذا استوفينا أطراف الكلام ، انعطفنا حينئذ على صدر الفصل .

فإذا رهن الرجل عبداً وسلمه ، وانبرم الرهن فيه ، ثم أعتقه من غير إذن المرتهن ،

ففي نفوذ عتقه أقوال : أحدها - أنه ينفذ لوروده على الملك الثابت للمعتق ، وكون المعتق من أهل العتق ، ومبنى العتق على النفوذ .

والقول الثاني - أنه لا ينفذ العتق ؛ فإن الرهن يتضمن حجراً لازماً على الراهن ، فلو سلطناه على الإعناق ، لكان مناقضاً للحجر المحكوم بلزومه .

والقول الثالث - أنا نُفَصِّلُ بين كون الراهن موسراً ، وبين أن يكون معسراً ، فإن كان موسراً ، نفذ عتقه ، وغرم قيمة العبد المرتهن ليكون رهناً . وإن كان معسراً لا ينفذ عتقه أصلاً .

وهذا القائل يشبه جريان العتق وسريانه إلى حق المرتهن بمثابة سريان عتق أحد الشريكين إلى نصيب صاحبه من العبد المشترك . وقد تحقق أنا نفصل في عتق الشريك بين الموسر والعسر .

ثم قال العراقيون : إذا فرعنا على قول التفصيل ، فلو كان الراهن موسراً وأعتق ، فكيف الترتيب في نفوذ عتقه ؟

قالوا : اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : يخرج في وقت نفوذ عتقه ثلاثة أقوال : أحدها - أنه يتعجل نفوذ العتق ، وبعده يتوجه الغرم ، كما انفصله .

والثاني - نفوذ العتق يقع مع غرامة القيمة للمرتهن .

والثالث - أن الأمر موقوف .

وهذا القائل يُجري هذه الأقوال من الأقوال المشهورة في وقت نفوذ عتق الشريك سرياناً إلى نصيب الشريك . هذه طريقة/ .

١٦١ ي

قالوا : ومن أصحابنا من قطع بأن العتق ينفذ عاجلاً قولاً واحداً ، وليس على قياس سريان العتق إلى ملك الشريك . والسبب فيه أن عتق الراهن صادف ملكه ، والعتق الذي نُسَرِّيه في العبد المشترك ينفذ في ملك الغير ، فيجوز أن يتوقف انتقال الملك فيه إلى المعتق على تقرير ملك الشريك على العوض ، وإنما يستقر الملك على عوض التلف إذا بُذِل ، وثبتت يد المتلف عليه على ذلك العوض .

وهذا القائل يقول : لو كان عتق الراهن على قياس سريان العتق ، لقطعنا بالفرق

بين الموصر والمعسر . ولا قطع ، بل الأصح أن لا فرق .

التفريع : ٣٥٥٦- إن حكمنا بأن العتق ينفذ ، فعلى الراهن أن يغرم القيمة للمرتهن ، والاعتبار بقيمة ساعة الإعتاق ؛ فإنها ساعة الإلتلاف .
ثم إذا بذل القيمة وسلمها ، لم يشترط عقد رهن فيها ، بل نفس التسليم إلى المرتهن على قصد الغرم يجعل المسلم رهناً ، ولا شك أنه لا يتم ذلك ما لم يقصد الراهن المعتق التسليم عن جهة الغرم . وهذا جار في كل مال يلزم الذمة ، ثم يسلمه ملتزمه . حتى لو سلم ، ثم قال : قصدت الإيداع عندك ، فالقول قوله ، ويقع المقبوض وديعة .

٣٥٥٧- وإن قلنا : لا ينفذ العتق ، فيبقى الرهن ، فإن مست الحاجة إلى بيعه في الدين ، بعناه . ثم إذا بيع ، فلو عاد إلى الراهن المعتق يوماً بعد زوال ملكه ، فلا ينفذ عتقه الآن ، وإن زالت الموانع .

وإن انفك الرهن ، ولم يزل ملك الراهن عنه بأن يفك المرتهن الرهن ، أو بأن ينفك بأداء أو إبراء ، فهل ينفذ العتق الآن ؟ فعلى وجهين : أقيسهما - أنه لا ينفذ ؛ فإنه وجه على العبد منجزاً ، فأينما ردّه ، واللفظ إذا ردّ وأبطل حكمه ، لم يبق له بعد بطلان أثره حكم .

وسيكون لنا إلى هذا الفصل عودة من وجه آخر ، وعنده نفصل الأمر ، ونبين الحقيقة المطلوبة .

٣٥٥٨- ولو علق الراهن عتق العبد المرهون ، نُظر : فإن علق عتقه على انفكائه الرهن [فانفك الرهن ، نفذ العتق المعلق ؛ لأن التعليق لا يزاحم حق المرتهن .
وإذا نفذنا العتق بعد انفكائه الرهن] ^(١) لم يكن نفوذ العتق وارداً على حق المرتهن . وليس تعليق العتق على ما وصفناه بمثابة تقديم تعليق العتق على حصول الملك .

ولو علق عتق العبد المرهون بصفة قد توجد قبل انفكائه الرهن ، فنقول : إن وجدت في استمرار الرهن ، فالعتق مردود تفريعاً على رد تنجيز العتق ؛ فإن التعليق

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

والصفة اجتماعاً في دوام لزوم الرهن ، وكانا كتنجيز العتق ، ولو وُجدت تلك الصفة بعد انفكاك الرهن ، ففي المسألة خلافٌ ، والأصح النفوذ إذا كان لا يفضي الحكم بالنفوذ إلى إبطال حق المرتهن .

ومن أصحابنا من قال : لا يصح التعليق أصلاً ، كما لا يصح التنجيز . وهذا يقرب من خلاف الأصحاب فيه إذا قال العبد لزوجته : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ثلاثاً . ثم عَتَقَ العبدُ ، فدخلت الدار ، ففي وقوع الطلقة الثالثة خلاف . وبين القاعدتين فرق ؛ فإن العبد لو قال لزوجته : إن عَتَقْتُ ، فأنت طالق ثلاثاً ، جرى الخلاف في هذه الصورة .

ولو قال الراهن : إذا انفك الرهن ، فهذا العبد حر ، نفذ العتق بعد انفكاكه . والفارق أن الطلقة ليست مملوكة للعبد ، ومحل العتق مملوك للراهن . وسبب امتناع العتق حق المرتهن ؛ إذ لو أذن ، نفذ العتق .
فهذا ما أردناه .

٣٥٥٩- ولو علق/ عتق عبده بصفة ، ثم رهنه ، فوجدت الصفة بعد لزوم الرهن ، ١٦١ ش فيه اختلاف مشهور . وللمسألة نظائر ، يجمعها أن الاعتبار بحالة التعليق ، أو بحالة وجود الصفة . وعليه يخرج خلاف الأصحاب في أن الصحيح إذا علق عتق عبد بصفة ، ثم مرض مرض الموت ، ووجدت الصفة ، فالعتق من رأس المال ، أو هو محسوب من الثلث ؟ فيه خلاف مشهور . وسيأتي أصل ذلك وفرعه في كتاب الوصايا ، إن شاء الله تعالى .

٣٥٦٠- ومما يتفرع على العتق أن الرجل إذا رهن نصفاً من عبد مملوك له ، واستبقى منه نصفاً ، فالرهن صحيح . فلو أعتق النصف الذي لم يرهنه ، نفذ العتق فيه . وفي سريان العتق إلى النصف المرهون على القول الذي نفرع عليه وجهان : أحدهما - النفوذ ؛ فإن العتق إذا كان يسري من الملك إلى [ملك الغير]^(١) ، فلائ يسري إلى محل حق^(٢) الغير أولى .

(١) في الأصل (ت ٢) : إلى الملك . والمثبت من (ص) .

(٢) (ص) : ... إلى ملكه أولى ، (ت ٢) : إلى محل الغير أولى .

والوجه الثاني - أنه لا يسري ؛ لأن العبد بجملته مملوك للراهن ، فلا يحمل عتقه على مذهب السريان ، بل إن نفذ التنجز ، فذاك . وإلا فلا نفوذ . وهذا يعتضد بأن الراهن هو الذي حجر على نفسه ، فليس له التسبب إلى مناقضة الحجر . ولا يلزم عليه ما لو باع النصف من عبده ؛ فإن ذاك ليس حجراً ، إنما هو خروج منه في المبيع عن رتبة الملاك . ولو نفذنا سريان عتقه على الأصح ، فإن وجه العتق على المرهون قصداً ، وقال : أعتقت ما رهننت من هذا العبد ، فالوجه القطع برد عتقه ، إذا كان التفريع على الرد .

ثم قال المحققون : إذا رأينا تنفيذ سريان العتق في صورة الوجهين ، فنقطع بالفصل بين الموسر والمعسر ؛ فإن سبب نفوذ هذا قياس السراية ، وقياس السراية في مذهب الشافعي يقتضي الفصل بين الموسر والمعسر ، كما سيأتي في كتاب العتق .

وأما إعتاق المشتري العبد في يد البائع على قولنا بثبوت حق الحبس ، فقد مضى مفصلاً . ولا شك أن عتق المشتري أولى بالنفوذ من عتق الراهن ؛ فإن حق الحبس في المبيع لم يثبت بعقد مقصود في إثبات الحجر ، والرهن عقد متضمنه حجر مقصود على المالك .

هذا كله بيان القول في إعتاق الراهن .

٣٥٦١- ونحن نبتدىء بعد ذلك التفصيل في استيلاده .

فنقول : إذا أقبض الجارية المرهونة - إن صححنا رهن الجواري ، كما سيأتي ، وهو الأصح - فإذا استولدها الراهن بعد انبرام الرهن : أما الولد فلا شك في انعقاده حراً ؛ فإنه لا حق للمرتهن في ولد المرهونة رقيقاً فُرِض أو حراً ، ولا يغرم قيمة الولد ؛ لما ذكرناه من انقطاع حق المرتهن عن الولد ، والمهر لا ريب في أنه لا يلزم ؛ فإنه عوض منافع البضع ، ولا حق للمرتهن في المنافع .

والكلام وراء ذلك في ثبوت الاستيلاد .

٣٥٦٢- وقد خرّج الأئمة نفوذ الاستيلاد على الأقوال المتقدمة في نفوذ العتق ، ثم رأوا أن يرتبوا الاستيلاد ، ويجعلوه أولى بالنفوذ ؛ من قبل أنه فعل ، والأفعال بعيدة

عن/ الرد ، والأقوال عرضة الإفساد والتصحيح ، والفسخ بعد النفوذ ؛ ولذلك ينفذ ١٦٢ ي الاستيلاء ممن هو محجور عليه في تصرفاته ، كالسفيه والمجنون ، واستيلاء المريض جاريته نافذ ، والعق ي حسب من رأس المال ، وهو بمثابة الاستهلاك الحسي .

فإن حكمنا بأن الاستيلاء ينفذ ، فينفسخ الرهن ، وعلى الراهن قيمة الجارية معتبرة بوقت العلوق ، ففيه حصل الاستيلاء ، والخروج عن الرق المطلق . وقد مضى القول في القيمة .

٣٥٦٣- وإن قلنا : لا ينفذ الاستيلاء ، فالجارية مرهونة كما كانت ، فإن حل الحق وهي حامل ، فالذي أطلقه الأئمة قطع القول بأنه يتمتع بيعها ؛ لمكان اشتغال رحمها على الولد الحر ، وزعموا أن مطلق البيع لا يقصر عن الولد ، وتناوله للجنين الحر محال .

وقد قدمت في هذا خلافاً في كتاب البيع ، ونزلته منزلة ما لو باع الرجل جارية حاملاً بولد مملوك ، واستثنى حملها ، ولا فرق بين أن يقع الاستثناء شرطاً ، وبين أن يقع استثناءه شرعاً . ولكن المذهب المنع كما ذكره الأصحاب ، وإن كان تجويز البيع منقاساً .

ولو ولدت المرهونة وماتت في الطلق ، فالذي صار إليه جماهير الأصحاب أن الراهن يلتزم قيمة الجارية للمرتهن ، فيضعها مرهونة ، كما لو قتل الجارية المرهونة . والسبب فيه أن الطلق مترتب على العلوق ، وهو مترتب على وطء الراهن ، والضمان يناط بالأسباب تارة ، وبالمباشرات أخرى .

وفي بعض التصانيف أن ضمان القيمة لا يجب ؛ من جهة أن إحالة التلف على العلوق فيه بعد ، وقد تفرض أسباب جبليّة ، هي التي جرّت الطلق الشديد .

ولا خير في هذا الوجه ، فلا تعتبروا به ، والتفريع على وجوب الضمان ، كما ذكرناه .

٣٥٦٤- فلو وطئ جارية إنسان بشبهة ، فولدت ، فماتت في الطلق ، التزم قيمتها ، تفريعاً على الأصح .

ولو وطئ حرة بشبهة ، وأعلقها ، فماتت من الطلق ، ففي وجوب الدية وجهان : أحدهما - أنها تلزم اعتباراً بالأمة ؛ فإن التسبب حاصل ، كما تقدم . والثاني - لا تلزم الدية ؛ فإن الأمة يُتَصَوَّرُ الاستيلاء عليها ، فيصير الوطء في حكم الاستيلاء^(١) فيها أولاً ، ثم العلوق أثرٌ باقٍ من الاستيلاء^(٢) السابق ، كالسراية تستند إلى الجراحة ، وكالصيد يُنْفَرُه المحرم ، فيبقى نِفَارُهُ إلى العثار ، والموت ، والحررة لا يتصور الاستيلاء عليها ، أولاً ، وليس الوطء في نفسه سبباً قوياً .

وهذا وإن كان مشهوراً ، وقد قطع به طوائف من أصحاب المذهب^(٣) ، فالقياس الأول ؛ فإن طريق الضمان التسبب إلى الإتلاف . وهذا لا يختلف بالحرية والرق ، بمثابة احتفار البئر في محل العدوان ، وغيره من أسباب الضمان .

ولو زنا بامرأة فعليقت منه ، وطُلِّقَتْ ، وماتت ، فالذي ذكره الأصحاب أن الضمان لا يجب^(٤) ، وإن فرض ذلك في الأمة . وكذلك إن قدرت [مضبوطة]^(٥) غير ممكنة ، والسبب فيه أن الطلق مترتب على العلوق ، والولد المنتسب إلى الواطئ يُسبب الطلق ، وولد الزنا لا انتساب له ، وليس العلوق من هذا الشخص المعين معلوماً ؛ حتى يحمل هذا على جناية متحققة . ولولا حكم الشرع بانتساب الأولاد إلى الآباء ، لما وثقنا بكون ولد من رجل .

وإذا علق امرأة الرجل منه ، وماتت في الطلق ، فلا ضمان من قبل أن العلوق

(١) في (ص) ، (ت ٢) : الاستيلاء .

(٢) في (ت ٢) : الاستيلاء .

(٣) اقتصر النووي في الروضة على هذا الوجه ، وجعله الأصح . ولم يشر إلى الآخر . (الروضة : ٧٨/٤ ، ٧٩) .

(٤) نقل الرافعي عن الشيخ أبي حامد « أن في المسألة قولين ، هذا أصحهما » . ر . فتح العزيز بهامش المجموع : ١٠٤/١٠ .

(٥) في الأصل : (مضوطة) هكذا بدون نقط . وهي لا معنى لها على أي صورةٍ قدرت .

وفي (ت ٢) : (مضموطة) . ولا معنى لها أيضاً . والمثبت من (ص) . من تضبطه إذا أخذه على حبسٍ وقهر . (المعجم . والقاموس) فالمعنى أنها مكرهة غير مُمَكَّنَةٌ . كما هي عبارة النووي في الروضة : ٧٩/٤ .

مترتب على سبب مستحق للزوج / ، والمترتب على المستحقات غير مضمون عندنا . ١٦٢ ش
ولذلك أهدرنا سراية القصاص .

٣٥٦٥- ثم إذا ألزمت الرجل قيمة الجارية التي ماتت في الطلق ، فأية قيمة تراعى في ذلك ؟ للعراقيين ثلاثة أوجه : أحدها - أنه يجب أقصى القيم من يوم الإحبال إلى الموت ، كما يجب على الغاصب أقصى القيمة ، من يوم القبض إلى التلف ، وكأن الجارية في يد الواطيء منذ علقت إلى أن ماتت .

والثاني - أنه يجب قيمة يوم الإحبال ؛ فإنه [سبب]^(١) الإلتلاف ، والأمة وإن بقيت مملوكة ، فهي مع سبب الردى هالكة . ولهذا نظائر ستأتي في كتاب الجراح إن شاء الله تعالى .

والثالث - وهو اختيار ابن أبي هريرة أنه يجب قيمة يوم الوضع ؛ فإن التلف تحقق يومئذ ، وما تقدم غير موثوق به ، ولا مُحاط به . وهذا كاعتبار النهايات في أروش الجنايات على الأحرار .

٣٥٦٦- ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أن الراهن إذا وطئ الجارية وأعلقها ، فولدت ، ونقصها الولادة ، وجب على الراهن أرش النقص ، ووضعه رهناً ، وهكذا سبيل أروش جناياته على المرهون ، على ما ستأتي فصول الجنايات .

ولو وطئ الجارية المرهونة وكانت بكرًا ، واغتصبها ، فعليه أرش البكارة . وليس هذا بمثابة المهر في الثيب ؛ فإن الافتضاخ جناية على جزء من الجملة ، والجملة بأجزائها مرهونة .

فإن قيل : لَمَّا فرعتم على نفوذ الاستيلاء ، قطعتم القول بأن الاعتبار بقيمة يوم العلوق ، ورددتم المذهب حيث انتهيت في التفريع إليه ؟ قلنا : إذا ثبت الاستيلاء ، انفك الرهن ، ولم يتوقف انفكاكه على الولادة ، فتعين اعتبار ذلك اليوم ، وما يفرض من نقصان أو زيادة بعد الانفكاك ، فلا تعلق له بحق المرتهن .

(١) ساقطة من النسخ الثلاث ، واقتضاها إيضاح السياق ، كما في عبارة النووي . (الروضة : ٧٩/٤) .

وإذا قلنا : لا ينفذ الاستيلاء ، وأوجبنا القيمة بسبب الهلاك ، وقد تقدم السبب المقتضي له ، فتردُّ الأصحاب بين السبب والتلف كما تقدم .

ومما يتفرع على قولنا : لا يثبت الاستيلاء لحق المرتهن ، أنها تباع في الرهن إذا مست الحاجة إلى بيعها ، ثم إذا بيعت ، فلو عادت يوماً إلى المستولد ، فهل تصير أم ولد له ؟ فعلى قولين مشهورين ، ولا اختصاص لهما بهذه الصورة ، بل كل جارية علقت بولد حر ، من مستولد محترم ، وامتنع نفوذ الاستيلاء ، فإذا ثبت للمستولد الملك المطلق فيها ، ففي نفوذ الاستيلاء القولان .

ومن صور القولين أن يطأ جارية الغير بالشبهة ويُعْلَقَهَا ، ثم يشتريها . وقد ذكرنا في التفريع على ردِّ عتق الراهن أن العبد المرهون الذي أعتقه الراهن إذا بيع في الدَّين ، وعاد ملكاً إلى الراهن ، فلا ينفذ العتق المردود ، والفارق ظاهر ؛ فإن اللفظ^(١) إنما ينفذ حيث ينفذ بصيغته ، وكان [صيغة]^(٢) إعتاق الراهن التنجيز ، فإذا ردَّ ، ارتد ، وقد زال الملك الذي كان إعتاقه تصرفاً فيه .

والاستيلاء فعل ، والأفعال قد تتوقف ، وكأنا نقدر إعلاق الجارية بولدٍ حرٍّ تسبباً إلى حصول الحرية يوماً من الدهر ، ومبنى الاستيلاء على هذا ؛ فإنه لا يُنْجَزُ العتاقة .

٣٥٦٧- ولو انفك الرهن عن الجارية ، وكنا رددنا استيلاء الراهن ، فلاصحابنا طريقان : فمنهم من قطع بنفوذ الاستيلاء في هذه الصورة لاستمرار الملك ، وانقطاع ي ١٦٣ المزاحم ، ومنهم من خرَّجه على قولين ، ورتبهما على القولين في صورة وطء/ الشبهة ، وفيه إذا زال الملك عن المرهونة ، ثم عاد . ولا يكاد يخفى وجه الترتيب ، وطريق الفرق .

والأوجه عندي القطعُ بنفوذ الاستيلاء إذا انفك الرهن . والاستيلاء عندي على هذا القول مشبَّهٌ بتعليق العتق على ما بعد الانفكاك . وقد قدمنا القطع بنفوذ التعليق على هذا الوجه .

(١) في (ص) ، (ت ٢) : اللفظ الظاهر .

(٢) في الأصل : صفة .

٣٥٦٨- [وإذا]^(١) أعتق الراهن العبد المرهون ، ورددنا عتقه ، ثم انفك الرهن ، فقد أشرنا إلى خلاف في ذلك . والسبب فيه استمرار الملك ، وزوال الحجر . وهذا يقرب من اختلاف القول في أن المحجور عليه بالفلس إذا أعتق عبداً من جملة ماله ، فرددنا عتقه ، ثم انفك الحجر عنه ، ولم يتفق بيع ذلك العبد في ديونه ، ففي نفوذ العتق عند إطلاق الحجر قولان ، سيأتي ذكرهما في كتاب التفليس ، إن شاء الله تعالى ، ووجه التشبيه بين .

ولا خلاف أن العتق لا ينفذ في اطراد الحجر عليه ؛ فإن فائدة الحجر منعه من التصرف في ماله . وتفاصيل ذلك يأتي في موضعه . والراهن مطلق ، وقد أبقي ملك نفسه في الرقبة ، فظن ظانون أنه مطلق صادم عتقه ملكه ، وسرى إلى حق غيره . ثم سندكر في بيع المفلس ماله - إذا انفك الحجر عنه ، ولم يتفق صرف مبيعه في دينه - قولين .

٣٥٦٩- وأطلق الأصحاب القول بأن بيع الراهن في المرهون مردود ، ولم يقفوه على انفكك الحجر ، ولا فرق عندي بين الباين ، ولا محمل لتصحيح بيع المفلس ماله على قول إلا الحمل على الوقف ، ومحمل القولين لا يمتنع جريانه في الرهن . وبالجمله لا فرق بين الباين إلا أن أحد الحجرين جرى من غير اختيار المحجور عليه في جميع ماله ، والحجر الذي نحن فيه وهو الرهن جرى في مال خاص باختيار مالكة ، فالوجه التسوية بين الباين ، وتنزيل البيع والعتق على ترتيب واحد ، فالعتق أولى بالنفوذ ، والبيع أبعد منه . وهذا فن من الوقف زائد على الأصناف التي ذكرناها في كتاب البيع ، وتقريره في كتاب الحجر .

والفارق بين البيع والعتق أن تنفيذ التصرف بطريق الوقف ملتفت إلى مذهب التعليق ، فكأن المفلس قال : إذا انفك الحجر ، فهذا العبد حر ، وهذا يتطرق إلى العتق ، ويبعد عن البيع ، والمحجور المبذر عتقه مردود في الحال ، وإذا انفك الحجر عنه ، وظهر الرشد ، لم ينفذ من العتق ما رددها .

(١) في الأصل : فإذا .

ولو قال في سفهه : إذا ظهر رشدي ، فعبدني هذا حر ، لم ينفذ عتقه إذا أنس رشده . وأما استيلاده ، فنافذ في الحال ؛ فإنه يجري على مذهب الاستهلاك ، وهذا واضح .

وقد نجز غرضنا من تفصيل القول في إعتاق الراهن واستيلاده وما يتعلق بأطراف الكلام في ذلك .

٣٥٧٠- ثم قال الشافعي في أثناء الكلام تفرعاً على ثبوت الاستيلاد : « وتعتق بموت السيد في قول من يعتقها »^(١) .

وهذا ترديد قول منه في بيع أمهات الأولاد . وهذا القول مشهور في القديم ، وترديده القول فيما نقله المزني غريب . والاستيلاد على قوله القديم لا أثر له ، وهو من ضروب الاستخدام ، فكأن السيد إذا أودعها ماءه ، ثم انفصل ، فبقيت على رقها كالظرف يحتوي على شيء ثم يفرغ منه . وعلى هذا لا تعتق مستولدة ، ولا يمتنع بيعها . وهذا قول لا عمل به ، ولا فتوى . وقد كان فيه اختلاف في الصدر الأول ، ثم أطبق العلماء بعدهم على المنع ، فالتحق هذا بإجماع بعد خلاف . وهذا مستقصى في فن الأصول .

ش ١٦٣ فإذا مهدنا هذا الأصل الكبير ، فقد حان أن نرجع / إلى صدر الفصل ، فنقول :

إذا رهن الرجل جارية ، فظهر بها حمل ، وقال الراهن : هذا الولد مني ، وقد كانت علقت به ولم أشعر ، فرهنتها : فإن صدقه المرتهن ، فلا كلام ، فيثبت النسب والولد حرّاً ، لا ولاء عليه ، والجارية أم ولد ، والرهن باطل ، وليس على الراهن قيمة توضع رهنّاً ؛ من قبل أنه لم يجن^(٢) على رهن لازم ، بل تبين أن لا رهن .

نعم لو كان هذا الرهن مشروطاً في بيع ، وقد تبين امتناعهم^(٣) بالسبب الذي ظهر ، فيثبت الخيار للبائع ؛ من قبل تعذر الوفاء بالشرط المذكور في العقد . وسيأتي

(١) ر . المختصر : ٢١١/٢ .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : يجر .

(٣) كذا في النسخ الثلاث . ولعلها : (امتناعه) أي الرهن .

هكذا في موضعه من الكتاب ، إن شاء الله عز وجل .

هكذا إذا صدقه المرتهن .

فإن كذبه المرتهن ، وقال : ليس الولد منك ، فإن كانت للراهن بينة أقامها ، أو أقامتها الجارية ، والشهادة على جريان الوطء من الراهن قبل العقد ، أو بعد الرهن قبل الإقباض . والحكم ما قلناه في المسألة الأولى .

فإن قيل : يحتمل أن يثبت الوطء ، ولا يثبت العلوق . قلنا : نعم ، هو كذلك . ولكن العلوق عيب ، ولا شيء يدار الإقرار والإنكار عليه إلا الوطء ، ولهذا قلنا : إن السيد إذا اعترف بوطء مملوكته وأنت بولدٍ لزمانٍ يمكن أن يكون من الوطء ، فالنسب لاحق على تفصيل يأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالى ، وهذا يعتضد باستلحاقه النسب ، فصار مجموع هذا مثبتاً للاستيلاد .

وإن كذبه المرتهن ، ولا بينة ، فنقول : أما نسب المولود ، فثبت لاستلحاق الراهن ، وتثبت حرية الولد . وأما الاستيلاد ، فهل يحكم به حتى يبتني عليه تبين بطلان الرهن ؟ فعلى ثلاثة أوجه : أحدها - لا يحكم به ؛ لأنه أثبت للمرتهن حقاً ، ثم ادعى ما يتضمن بطلانه ، فلا يقبل .

والوجه الثاني - أنه مقبول ؛ من جهة انتفاء التهمة ؛ إذ إقراره لو ثبت ، فمتضمنه زوال الرق ، وقد يقبل الإقرار في محل حق الغير ، لانتفاء التهمة ، وعليه بنينا قبول إقرار العبد بما يوجب سفك دمه ، أو بما يوجب عقوبة عليه .

والوجه الثالث - أنا نفصل بين أن تأتي بالولد لسته أشهر ، فما دونها من وقت الإقباض ، وبين أن تأتي بالولد لأكثر من ستة أشهر ؛ فإن الأمر إذا كان كذلك ، اتسع مسلك الإمكان ، ولم يبعد أن يفرض العلوق بعد تمام الرهن . وتحقيق الفرق أنا إذا أثبتنا العلوق حالة القبض ، فإقرار الراهن يرد على غير محل الرهن ، ولو كان موجوداً حالة القبض ، فيقع ثبوت الاستيلاد تابعاً .

وهذا يلتفت إلى أصل سيأتي بعد هذا . وهو أن من رهن عبداً أو باعه ، ثم زعم بعد ظهور اللزوم ، أنه كان أعتقه ، أو كان باعه . وهذا سيأتي في مسائل الرهن ، إن شاء الله تعالى .

فإن قيل : إن قبلتم إقراره ، فلا سؤال . وإن لم تقبلوه ، فهلا خرّجتم هذا على الأقوال في أنه لو أنشأ الاستيلاء هل يثبت ؟ حتى تقولوا : إن نفذنا منه الاستيلاء ابتداء ، ينفذ إقراره ، وإن لم ينفذ منه الاستيلاء ابتداء ، فلا يقبل إقراره ، تخريجاً على تنزيل الإقرار بالشيء منزلة إنشائه ؛ فإن الوكيل بالبيع لو أقر بالبيع ، نفذ إقراره كما ينفذ إنشاؤه البيع . ولو أظهر الموكل عزله ، ثم ادعى الوكيل البيع ، لم ينفذ قوله . وهذا يطرد لنا وينعكس .

قلنا : هذا جارٍ في التصرفات التي يسلّط الشرع على الإقدام عليها ، فيجعل الإخبار عن الشيء بمثابة إنشائه ، إذا كان إنشاؤه مملوكاً للمقر . والراهن على كل مذهب ممنوع من الإقدام على استيلاء الجارية المرهونة . وهذا مما اختلف أصحابنا فيه ، وتخريجه على أصل سيأتي في كتاب الحجر .

ي ١٦٤ وهو أن المبذر لو أقر بالطلاق ، نفّذ ، اعتباراً بإنشائه / ، ولو أقر أنه أتلف مالا ، ففي قبول إقراره خلاف ؛ فإن الإتلاف ليس ما يملكه شرعاً ، ولكن يتصور وقوعه منه ، وهل يقبل إخباره فيه ؟ فعلى وجهين .

كذلك قلنا : لو وقع استيلاء الراهن ، لنفذ ، فإذا اعترف به ، ففي نفوذه الخلاف الذي أشرنا إليه .

فصل في

٣٥٧١- كل تصرف يمتنع نفوذه لحق المرتهن ، فإذا أذن فيه ، نفذ ؛ فإن المانع حقّه . وإذا أذن للراهن في بيع المرهون ، أو في هبته ، فباع أو وهب ، نفذ . وإذا فرعنا على أن العتق لا ينفذ من الراهن ، فإذا أذن فيه المرتهن ، نفذ . وسنذكر أن الراهن لا يجوز له أن يطيأ الجارية المرهونة إذا كانت بصدد أن تحبل ، وفي التي لا تحبل كلام سيأتي ، إن شاء الله تعالى .

وإذا أذن في الوطء ، فوطئ الراهن بالإذن وترتب عليه العلوق ، ثبت الاستيلاء ، وإن وقع التفريع على أن الاستيلاء لا ينفذ لو انفرد الراهن .

ثم الإذن المجرد لا يرفع عقد الرهن ، حتى يتصل بوقوع التصرف .

وللمرتهن أن يرجع قبل التصرف عن إذنه . وإذا أذن في الهبة والإقباض ، فوهب الراهن ، ورجع المرتهن عن الإذن ، لم يملك الراهن الإقباض ، ولو أذن في البيع من غير تعجيل حق ولا شرط جعل الثمن رهنا ، فباع الراهن على شرط الخيار ، فقال المرتهن رجعت عن الإذن ؟

الذي ذهب إليه المحققون أن رجوعه لا ينفعه ، وللراهن إلزام العقد ، وقطع الخيار ، كالهبة مع القبض ، وذلك لأن القبض ركن العقد فيه^(١) . وهو ينزل منزلة القبول من الإيجاب ، وكأن الهبة عدةً والوفاء بها الإقباض ، والبيع مبناه على اللزوم والخيار دخيلٌ فيه ، فهو مفوض إلى من له الخيار .

ولو أذن في الوطء فوطئ ، ولم يتفق العلوق ، فحق الرهن باق ؛ فإن الوطء لا ينافي الرهن ، وإنما ينافيه العلوق ، وثبوت الاستيلاد . فلو لم يأذن إلا في وطأة ، فلم تعلق ، فلا يعود الراهن إلى الوطء . ولو كان أذن في جنس الوطء ، ثم رجع عن إذنه ، تعين على الراهن أن يمتنع .

٣٥٧٢- ثم فرض الشافعي والأصحاب صوراً في اختلاف الراهن والمرتهن في الحكم الذي نحن فيه . ونحن نرسم مسائل تستوعب الغرض .

فمنها أن يختلفا في أصل الإذن ، فيقول الراهن : أذنت في الوطء ، وأنكر المرتهن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الإذن .

ثم إذا كان أولدها وجرى الخلاف كما وصفناه ، وحلف المرتهن ، عاد التفريع إلى وقوع الاستيلاد . والأولى تفريع صور الخلاف على أن الاستيلاد لا يثبت على استبداد . فإن نكل الراهن عن يمين الرد ، فأرادت الجارية أن تحلف لمكان حقها من علقه الحرية ، فهل لها ذلك ؟ على وجهين ذكرهما العراقيون : قالوا : والأصح أنها لا تحلف ؛ فإنها ليست بمتأصلة في الحق ، وإنما يثبت أمرها تبعاً ، والأيمان لا تعرض على الأتباع ، ولذلك لا يحلف الوكيل ، وسنذكر نظائر ذلك في كتاب

(١) في (ص) ، (ت ٢) : ففيه . (والضمير هنا يعود على البيع) .

القسامة ، ثم في كتاب الدعاوى ، إن شاء الله - هذه مسألة في الاختلاف .

المسألة الثانية - أن يقع الوفاق على أصل الإذن ، ويعود الخلاف إلى جريان الوطء ، فقال الراهن : قد وطئتُ ، وأنكر المرتهن ذلك . فيقول : ما وطئتُ ، وليس الولد الذي جاءت به الجارية منك . هذا أصل التصوير .

ثم ذكر الأئمة صورتين : إحداهما - أن يبتدىء الراهن فيقول : أذنت لي في الوطء ، فوطئتُ ، وأعلقتُ . ثم يقول المرتهن : أذنت لك ، وما وطئتُ ، فالقول ش ١٦٤ قول الراهن ؛ فإن الإذن متفق عليه ، والوطء المختلف فيه/ من فعل الراهن ، فليكن الرجوع إليه في فعله .

هذا هو الأصح .

ومن أصحابنا من قال : الأصل عدم الوطء ، وبقاء الرهن . وهذا يناظر ما لو قال الرجل لامرأته : إن زنيته ، فأنت طالق ، فإذا زعمت أنها زنت ، فالقول قول الزوج في إنكار زناها ؛ فإن الأصل عدم وقوع الطلاق ، وعدم الزنا .

هذا أصل المذهب . وليس كما لو قال : إن حضت ، فأنت طالق ، فقالت : حضتُ ، فالقول قولها ؛ إذ لا يُطلع على حيضها إلا من جهتها ، ويُطلع على سائر أفعالها من غير جهتها . ولا فرق بين ما يخفى في العادة وبين ما يظهر ، كدخول الدار ونحوه .

ومن أصحابنا من صدق المرأة فيما يخفى وتطرد العادة بكتمانه ، كالزنا ونحوه . وهذا مزيف لا أصل له . فإن قيل : لم كان ظاهر المذهب تصديق الراهن في الصورة التي ذكرتموها ؟ وما الفرق ؟ قلنا : إذا كان الوطء مأذوناً ، فادّعه من أذن له ، كان هذا ادعاءً أمر يملك إنشاءه ، وكل مأذون في شيء يدعي مع دوام الإذن إيقاعاً ما أذن فيه ، ففوله مقبولٌ ، كالوكيل بالبيع إذا ادّعى البيع قبل أن يُعزل ؛ فتصديق الراهن يؤخذ من هذا الأصل ، وهو غير متحقق في تعليق الطلاق بالصفات ؛ إذ ليس في التعليق تسليطٌ على أمرٍ وتوليةٌ في شيء ، والطلاق يعلق تارةً بما يدخل تحت اختيار الزوجة ، وتارةً يعلق بأمور ضرورية ، لا اختيار فيها كغروب الشمس وطلوعها . هذا فيه إذا قال الراهن أولاً : أذنت لي ، فوطئتُ . وقال المرتهن بعده : ما وطئتُ .

فأما إذا قال المرتهن أولاً : أذنتُ لك في الوطاء ، فما وطئت ، فقال الراهن بعده : أذنت لي فوطئت . ذكر الأئمة في هذه الصورة وجهين ورتبوهما على الخلاف في الصورة الأولى ، وجعلوا هذه الصورة الأخيرة أولى أن يصدّق المرتهن فيها ، وعلّلوا بأن قول المرتهن إذا تقدّم يتضمن عزل الراهن عن الإذن في الوطاء ، فيقع قول الراهن بعد انعزاله ، وليس كالصورة الأولى إذا تقدم قول الراهن . وهذا ليس بشيء . وليس ما قاله المرتهن قطعاً للإذن ، ولا عزلاً ، وإنما هو خبر عن الإذن ، واعتراف به ، ثم ادعاء عدم الوطاء ؛ فلا عزل إذا .

وحصل من الصورتين أوجه : أحدها - أن القول قول المرتهن في الصورتين ؛ فإن الأصل عدم الوطاء . والثاني - أن القول قول الراهن في الصورتين كما استشهدنا به من ادعاء الوكيل البيع الذي وكل به . والوجه الثالث - أنه يفصل بين أن يتقدم قول الراهن وبين أن يتقدم قول المرتهن ، فالمصدّق من يقدّم قوله . وهذا ما اختاره القاضي ، وهو ضعيف ؛ فإنه بناء على العزل ، وزعم أن قول المرتهن يتضمن عزل الراهن ، وهذا غير مفهوم .

ثم قال لو قال الوكيل بالبيع لموكله : أذنت لي في البيع ، فبعث ، وأنكر الموكل بيعه ، واعترف بالإذن ، فالقول قول الوكيل . ولو قال الموكل أولاً : أذنت لك في البيع ، فلم تبع . وقال الوكيل : قد بعث . ذكر وجهين في هذه الصورة أخذاً مما تخيله من أن قول الآذن في ذلك رجوع عن الإذن . وهذا كلام عري عن التحصيل .

٣٥٧٣- ومن مسائل الاختلاف : أن يتفقا على الإذن ، وجريان الوطاء ، ويقول

المرتهن : هذا الولد الذي أتت الجارية به ليس منك / ، ولم تُعلقها أنت بوطئك ، ١٦٥ ي وإنما زنت ، وأتت بولد من غيرك ، فالقول في هذه الصورة قول الراهن بلا خلاف ؛ فإن أصل الإذن متفق عليه ، وكذلك جريان الوطاء ، ولا يبقى بعد هذا في نفوذ الاستيلاء شيء إلا استلحاق المولود ، والاستلحاق إلى الواطئ ، وهو من الأمور المفوضة إليه ، فلا معنى لتقدير مزاحمته .

ثم وجدت الطرق متفقة على أن الراهن لا يحلّف في الصورة الأخيرة ، ويكفي استلحاقه . وإذا جعلنا القول قول الراهن في ادعاء الوطاء ، فهل يحلّف ؟

ذكر الأصحاب وجهين . والأظهر عندي أن يحلف . ووجه قول من لا يحلفه أن حاصل كلامه يرجع إلى استلحاق المولود ، وقد تقدم أنه لا استحلاف فيه .

ولو ادعى الوطاء ، ولم يتعرض لاستلحاق النسب ، لم يثبت الاستيلاد . والوجهان في تحليف الراهن على الوطاء ذكرهما صاحب التقريب على النسق الذي ذكرناه .

وإن رأينا تصديق المرتهن في نفي الوطاء ، فلا يُثبت يمينه ؛ فإن كل من أراد نفي فعل غيره ، لم يزد في يمينه على نفي العلم به ، وهذا لو صح الرجوع إلى قول المرتهن أصل لا مرأ فيه . وبه يضعف أصل هذا الوجه ؛ فإن المرتهن في الغالب لا يطلع على الوطاء ؛ ومهما حلف على نفي العلم بالوطاء ، برت يمينه ، فيؤدي هذا المسلك إلى أن لا يثبت حق وطاء الراهن قط إلا أن يطاء على رؤوس الأشهاد .

وهذا ينفصل عن تعليق الطلاق ؛ فإن وقوع الطلاق ليس من حقها ، وكذلك فعلها الذي هو صفة في الطلاق ، فإن كان لا يظهر وقوع الطلاق ، فليس فيه تعطيل حق ، والراهن يطاء بحق الملك ؛ فإن الوطاء لا يستباح بالإذن ، ولكن الإذن يرفع المانع من اليمين .

وإذا كان هذا من حق الراهن ، فينبغي له أن يمهد له سبيل إلى إثباته على يسر .

٣٥٧٤- ثم إن المزني ذكر المسألة الأخيرة ، وحكى عقيبتها عن الشافعي أنه قال : إن كان موسراً ، فعليه القيمة ، وإن كان معسراً ، فلا شيء عليه . ذكر هذا في صورة الاعتراف بالإذن والوطاء ، ثم أخذ يعترض ويقول : وجب أن لا نلزم القيمة ، لأن الوطاء جرى بالإذن ، فوجب بطلان حقه .

قلنا : الأمر على ما ذكرت ، ولكن أخطأت ووهمت في النقل ، والشافعي ذكر هذا في المسألة الأولى من مسائل الاختلاف : وهي إذا أنكر المرتهن أصل الإذن وحلف . وقد تتبعت الأبحاث نصوص الشافعي في الكتب ، فلم يجدوا ما ذكره المزني من الفرق بين الموسر والمعسر ، إلا على أثر إنكار المرتهن أصل الإذن .

٣٥٧٥- ذكر العراقيون في أثناء الكلام عند ذكرهم إذن المرتهن مسألة في الإذن أحببت نقلها ، وهي أنهم قالوا : لو قال السيد : اضرب عبدي ، فضربه ، وأتى

الضرب عليه . قالوا : لا ضمان على الضارب . وقالوا : الزوج مأذونٌ من جهة الشرع في ضرب زوجته ، ولو ضربها وأتى الضرب عليها ، ضمنها ، وفرقوا بأن الإذن في ضرب الزوجة مقيد بتوقي القتل وإيقائها والإبقاء عليها . والإذن في الضرب مطلق في المسألة التي ذكرناها لا تقييد فيه .

وكأنهم رأوا الأمر بالضرب أمراً بجنسه بالغاً ما بلغ .

وهذا محتمل عندي ؛ فإن الضرب يخالف القتل ، فالأمر به أراه مُشعراً بالاقتصار عليه ، ومن قتل إنساناً لا يقال : ضربه . ولو قال : أدب عبدي ، فلا يجوز أن يُشكَّ في أنه لو قتله ، ضمنه ؛ فإن التأديب مصرَّحُ بإبقاء المؤدَّب .

فَضْلُكَ

قال : « ولو وطئها / المرتهن . . . إلى آخره » (١) .

قد ذكرنا فيما تقدم وطءَ الراهن بالإذن وغير الإذن . وهذا الفصل مضمونه ذكرُ وطءِ المرتهن الجارية المرهونة . ولذلك صورتان :

إحدهما - أن يقع الوطء من غير إذن الراهن . والآخرى - أن يقع الوطء بإذنه .

فأما إذا وطئ بغير إذن الراهن ، فلا يخلو إما أن يكون عالماً بالتحريم ، وإما أن يدعي الجهلَ به ، فإن كان عالماً بالتحريم ، فهو زانٍ يلزمه الحد . فإن استكره الموطوءة ، التزم مهرها للراهن . وإن طاوعته ، فهي زانية .

واختلف الأصحاب في وجوب المهر : منهم من قال : لا مهر ، وإليه ميلُ المحققين . ومنهم من أوجب المهر .

٣٥٧٦- التوجيه : من قال : يجبُ المهر ، احتج بأن مُطاوعتها إباحة منها ، وإباحتها مهددة في حق المولى ، فأشبه ما لو أباحت قطع طرفها لجانٍ ؛ فإن الضمان لا يسقط بإباحتها .

ومن قال : يسقط ، احتج بأن قال : هي بغْيٌ أولاً ، وقد « نهى رسول الله صلى الله

عليه وسلم عن مهر البغي » ومنافع البضع تقوّمت بالشرع إذا استهلكت وهي محترمة ، ولا حرمة مع البغاء .

وفيه لطيفةٌ من جهة المعنى ، وذلك أنها إذا طاوعت ، فهي مشاركة في العمل ، وليس الزاني منفرداً بإتلاف المنفعة ، ولا تمييز ولا تشطير . والشرع لا يتقاضى إثبات البدل لحقّ حرمة ، فلا شيء .

هذا إذا كان عالماً بالتحريم .

فأما إذا كان جاهلاً فيما زعم ، بأن كان حديث العهد بالإسلام ، وظن أن الارتهان يبيح المرهونة ، فإذا ادعى الجهل ولم يبعد ما قال ، فلا حد . وإذا انتفى الحد ، فالكلام بعده في المهر ، والنسب ، والحكم برق الولد وحرية .

الظاهر أن النسب يثبت ؛ لمكان الشبهة الدائرة للعقوبة . وإذا اندفع الحد لشبهة ، كان الوطء على حظ من الحرمة^(١) ؛ فيثبت النسب .

ومن أصحابنا من قال : لا يثبت . ثم الطريقة الصحيحة تخريج رق المولود على الخلاف في النسب ، فإن حكمنا بالنسب ، فالولد حر ، وإن نفينا النسب ، فالولد رقيق .

وقال بعض أصحابنا : النسب يثبت وفاقاً . وفي ثبوت الحرية وجهان . وهذا القائل يزعم أن النسب أسرع إلى الثبوت .

وعكس بعض من ينتسب إلى التحقيق هذا ، فقطع بإثبات الحرية ، وردّد القول في النسب ، وصار إلى أن الولد النسيب هو المنعقد من ماء محترم ، والحرمة غير متكاملة .

وهذا كله خبط .

والوجه إجراء النسب والحرية مجرى واحداً . والمذهب ثبوتهما . وكان شيخي يعلل الوجه الآخر بضعف الشبهة ، ويقول : الحد يندرى بأدنى شبهة . والنسب يستدعي شبهة لها وقع .

(١) « الحرمة » : من « الاحترام » ، وليس من « التحريم » .

وقرّر القاضي في هذا كلاماً ، وقال : من لا يعلم حكم الإسلام تحريم هذا الوقاع فكأن لا شبهة ولا بصيرة . ثم قال : إذا زنى مجنون بعاقلة ، فالقول في النسب يجب أن يخرج على هذين الوجهين ، فإن المجنون ليس ممن يدري ، وليس ممن يتصف بنقيض الدراية ، والشبهة إنما تثبت في حق من يعذر بظن وهو (بصدد)^(١) الدراية ، وعليه يخرج عندي الخلاف في عمد المجنون في القتل ؛ فإن إلحاقه برتبة المخطيء لا وجه له وإقدامه معلوم حساً . وهذا لائح في المجنون . فأما إلحاق عاقل جهل التحريم - ومن الممكن أن يعرفه - بالمجنون ، فبعيد . فأما المهر ، ففيه تردد للأصحاب ؛ من جهة ضعف الشبهة ، وأنها لم تورث حرمةً ، والأصح ثبوت المهر/ . ١٦٦ ي هذا كله إذا وطىء المرتهن من غير إذن الراهن .

٣٥٧٧- فأما إذا وطىء بإذن الراهن ، فإذا كان عالماً بالتحريم ، لزمه الحد في ظاهر المذهب .

وقيل : لا حدّ عليه لشبهة الخلاف ؛ فإن عطاء بن أبي رباح ، كان يجوز إعاره الجوّاري ، وكان يبعث بجوّاريه إلى ضيفانه ، فليتنهض مذهبه شبهة في درء الحدّ . وهذا ليس بشيء ؛ فإن الحد لا يدرأ بالمذاهب ، وإنما يدرأ بما يتمسك به أهل المذاهب من الأدلة ، ولا نرى لفظاً في هذا متمسكاً ، ولا أصل لهذا الوجه . فإن قلنا : لا حد ، فالكلام في النسب وحرية الولد على ما قدمناه في حق من وطىء من غير إذن وادّعى الجهل بالتحريم .

وإن أوجبنا الحد ، فلا نسب ، والولد رقيق .

وإن ادعى الجهل بالتحريم عند إذن الراهن ، فالدعوى في هذه الصورة أظهر . واتفق الأصحاب على أنه يتعلق بها دفع الحد ، وثبوت النسب ، وحرية الولد . ولا تصير الجارية أم ولد ، وإذا ملكها يوماً من الدهر ، ففيها القولان المشهوران . وأما المهر ، فقد اختلف قول الشافعي في وجوبه ، فقال في قول : لا يجب ؛ لأن الإذن من

(١) كذا في النسخ الثلاث ، والمعنى أن الشبهة تكون عن ظن خاطيء ممن هو بصدد الدراية ، أي من أهلها ، والله أعلم .

الحرّ المستوجب للمهر قد حصل ، وإذا سلطه ذو الحق على إتلاف حقّه ، فلا ضمان .
وقال في قول آخر : يجب المهر ؛ فإن الإباحة لا وقع لها في الأبضاع ، وليس الوطاء زنا .

قال القاضي : هذا الاختلاف قريب من اختلاف قول الشافعي في أن المفوضة هل تستحق المهر ، وسيأتي ذلك مفصلاً في كتاب الصداق ، إن شاء الله تعالى .
هذا قولنا في المهر .

فأما قيمة الولد وقد ثبتت حرّيته ، ففيها طريقتان : فالذي ذهب إليه معظم الأصحاب أنها تجب ، ولا تسقط بسبب الإذن في الوطاء ؛ فإن العلوق لا صنع فيه للواطىء ، فلا يكون الإذن في الوطاء متعلقاً به .
هذا أحد الطريقتين .

وقد ذكر صاحب التقريب طريقة أخرى في تخريج قيمة الولد على قولي المهر ؛ فإن العلوق مترتب على الوطاء المأذون فيه . والدليل عليه أن إذن المرتهن للراهن في الوطاء يوجب تنفيذ الاستيلاد ، وسقوط الغرامة ، وإن كان الاستيلاد ترتب على العلوق .
وليس هو من صنع الواطىء . ولكن التسبب إلى الشيء بمثابة مباشرته .

فَضْلُكَ

قال : « ولو كان الرهن إلى أجل ، فأذن للراهن في بيع الرهن . . . إلى آخره »^(١) .

٣٥٧٨- إذا أذن المرتهن للراهن في العتق ، فأعتق بإذنه ، بطل حقه من الرهن ، سواء كان الحق حالاً أو مؤجلاً ؛ فإن الإعناق إتلافٌ للمالية ، لا إلى عوض ؛ فإذا أذن المرتهن به ، سقط حقه بالكلية من الوثيقة .

فأما إذا أذن بالبيع ، فلا يخلو : إما أن يكون حالاً ، أو مؤجلاً .

فإن كان مؤجلاً ، ففيه مسائل : أحدها - أن يُطلق المرتهن الإذن في البيع ، ولا يقيد به بشرط ، فإذا باع الراهن بالإذن ، انفك الرهن ، ولا يلزم البائع جعل الثمن

رهنًا مكان ما باع ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) . هذه مسألة .

٣٥٧٩- والمسألة الثانية - أن يأذن في البيع على شرط أن يعجل الدين من ثمنه ،

فهذا الشرط باطل ؛ فإنه يتضمن إثبات حق غير ثابت ، وهو التعجيل . وإذا تبين فساد هذا الشرط ، فالإذن يفسد بفساد الشرط ولا ينفذ بيع الراهن ، وينزل ما جرى منزلة / ١٦٦ ش ما لو باع مستبدًا من غير إذن ، وهذا يعد من مشكلات المذهب .

وذهب المزني إلى أن البيع نافذ بالإذن . واحتج عليه بأن قال : الإذن في البيع لا فساد فيه ، وإنما الفساد في الشرط المقرون به ، فليفسد الشرط ، وليصح البيع بالإذن ، واستشهد عليه بالتوكيل بالبيع مع شرط فاسد ، مثل أن يقول : بع عبدي هذا ولك عشر ثمنه ، فالأجرة فاسدة ؛ من جهة أن مبلغ الثمن مجهول ، والجزء من المجهول مجهول . ولكن البيع من الوكيل نافذ ، والرجوع إلى أجر المثل ، فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه ؛ حتى يصح البيع ، ويفسد الشرط .

وهذا الذي ذكره المزني في ظاهره معنى كلي .

وقد قال العراقيون : حكى عن أبي إسحاق المروزي أنه ذكر قولاً مخرجاً موافقاً لمذهب المزني ، فحكم بنفوذ البيع ، وبفساد الشرط . هذا حكوه ، ثم زيفوه . وقالوا : التعويل فيما يُنقل عن أبي إسحاق على ما يوجد في شرحه^(٢) . وهذا غير موجود في شرحه ، فالوجه القطع بما نص عليه الشافعي .

وما ذكره المزني نقول فيه : الإذن في البيع في مسألتنا مُعارض باشتراط شيء لا يستحق ، فكان المرتهن أذن ، وقابل^(٣) الإذن بشرط يجرُّ به منفعة إلى نفسه ، ولم يُثبت الشرع ذلك الشرط ، ففسد ، وإذا فسد مقابل الشيء ، فسد ذلك الشيء . وهذا يمثل بفساد أحد العوضين في المعاملات ؛ فإن من حكمه فسادُ مقابله . وليس كذلك التوكيل بالبيع ؛ فإن أصل الإذن لا مقابل له ، وإنما المقابلة في عمل الوكيل وما شرط

(١) مختصر اختلاف العلماء : ٣٠٣/٤ مسألة : ٢٠١٧ ، البدائع : ١٤٩/٦ ، ١٥٣ .

(٢) المراد شرحه لمختصر المزني .

(٣) (٢ ت) : فكان المرتهن إذا قابل للإذن .

له ، والإذن في البيع خارج عنهما ، فاستقل الإذن بالصحة ، وتقابل العمل والشرط ، فقليل لِحَقِّهِمَا الفسادُ . أما أثر الفساد في العمل ، فهو أنه لا يستحق ، وأثر الفساد في العوض لائح ، فيخرج منه نفوذ البيع بحكم الإذن المطلق ، والرجوع إلى أجر المثل على قياس المعاوضات الفاسدة .

ونفس الإذن في مسألتنا مقابل بفسادٍ ، وذلك الفساد عوض الإذن .

هذا منتهى الإمكان في هذا .

٣٥٨٠- والمسألة الثالثة - أن يأذن في البيع ، ويشترط وضع ثمنه رهناً مكانه . وفي

المسألة قولان : أحدهما - أن الشرط يفسد ، ثم يفسد بفساده الإذن في البيع ، كما قدمناه في المسألة الثانية .

والقول الثاني - أن الشرط صحيح ، والإذن في البيع صحيح ، فإذا بيع المرهون ، لزم جعل ثمنه رهناً . وهذا في حكم نقل الرهن من العين إلى عوضه ، فإذا كان يجري هذا وفقاً ؛ فإن المرهون إذا هلك تعلق حق الوثيقة بقيمته ، وما يقع لا يمتنع شرطه .

وهذا يترتب على أصل سيأتي بيانه ، إن شاء الله تعالى . وهو أن من رهن ما يتسارع الفساد إليه ، فهل يصح الرهن فيه والدين مؤجل ؟ فعلى قولين ، أحدهما - لا يصح ؛ فإن مقتضى الرهن الحبس إلى حلول الدين ، والحبس يفسد الرهن .

والقول الثاني - يصح الرهن ، ويباع ويوضع ثمنه رهناً ، وسيأتي ذلك . فإن أفسدنا فيما يفسد من يومه ، فذاك لمصيرنا إلى امتناع النقل ، فلا يجوز إذا شرط النقل .

وإن صححنا رهن ما يفسد ، ونزلنا على نقل^(١) الوثيقة من العين إلى ثمنها ، فلا يمتنع شرطه .

ي ١٦٧

وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الدين مؤجلاً^(٢) وجرى الإذن^(٣) من المرتهن في البيع / قبل حلول الأجل مطلقاً أو مقيداً .

٣٥٨٠م- وأما إذا كان الحق حالاً ، فأذن المرتهن في البيع ، نظر : فإن كان الإذن

(١) في (ص) ، (ت ٢) : رهن .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت ٢) .

مطلقاً ، نفذ البيع ، ولزم قضاء الحق من ثمنه ؛ لأن هذا مستحق بحكم الرهن ، فمطلق الإذن محمول عليه . فإن شَرَطَ قضاءَ الحق منه ، فقد زاد تأكيداً ، وصرح بما يقتضيه الإطلاق .

ولو أذن في البيع على شرط أن يوضع ثمنه رهناً ، ففي المسألة قولان والحقُّ حالٌّ ، كالقولين إذا كان مؤجلاً ، فلا يختلف الترتيب في هذا الشرط في الحال والمؤجل ، فإنَّ نقل الرهن غيرُ مستحق في الحالتين . هذا بيان المسألة .

٣٥٨١- ثم ذكر الشافعي بعد هذا اختلافاً بين الراهن والمرتهن في كيفية الإذن ، والقول مفروض في الدين المؤجل ، فإذا باع الراهن الرهن بالإذن ، ثم اختلف الراهن والمرتهن : فقال الراهن : أذنت في البيع المطلق ، وقال المرتهن أذنت في البيع وشرطت أن يوضع ثمنه رهناً ، فظاهر المذهب أن القول قول المرتهن مع يمينه ؛ فإن البائع يدعي الإذن على وجه ينقطع فيه تعلق المرتهن ، والمرتهن يأبى ذلك ، والأصل استمرار تعلقه بحق الوثيقة .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً آخر في ذلك ، ووجهه بأن أصل الإذن متفق عليه ، و[المرتهن]^(١) يدعي ضم شيء إلى الإذن ، والأصل عدمه . وهذا ليس بشيء ، والمذهب الأول .

وهذا ذكره شيخنا وأنا أحسبه هفوة ، فلا يعتد به .

ثم أطنب المزني في التعلق بمسألة الوكيل الذي شرط له الجعل الفاسد ، وقد تكلمنا عليه بما فيه مقنع مذهباً وحجاجاً .

فَرَجَّعَ : ٣٥٨٢- إذا أذن المرتهن في البيع مطلقاً والدين مؤجل ، ثم رجع عن الإذن قبل جريان البيع ، صح رجوعه ، ونفس الإذن في البيع لا يبطل حقَّ المرتهن ، بل الأمر موقوفٌ على جريان البيع على حكم الإذن . فلو اختلف الراهن والمرتهن ، وقد جرى الإذن في البيع والرجوع ، فقال الراهن : بعث قبل رجوعك . وقال المرتهن : بل رجعت قبل بيعك ، فالذي ذهب إليه الأكثرون أن القول قول المرتهن ؛ فإنه تقابل

(١) في الأصل : المدعي .

هاهنا أصلان : أحدهما - أن الأصل عدم بيعه في الوقت الذي يدعيه ، والأصل عدم رجوع المرتهن أيضاً في ذلك الوقت ، فيتقابلان ويبقى أصل الرهن على ما تقرر ابتداء .
ومن أصحابنا من قال : ينفذ البيع ؛ فإن الأصل استمرار المرتهن على حكم الإذن الذي سبق منه .

وهذه المسألة تلتفت على اختلاف الزوجين في الرجعة وانقضاء العدة ، وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

فصل في

قال : « ولو رهنه أرضاً من أرض الخراج ، فالرهن مفسوخ ؛ لأنها غير مملوكة . . . إلى آخره »^(١) .

٣٥٨٣- أراد بأرض الخراج سواد العراق ، وكان غنمه المسلمون ، واستولوا عليه عنوة ، واقتسموا واشتغلوا بالحرثة وتعلقوا بأذناب البقر ، وتقاعدوا عن الجهاد ، فاستطاب أمير المؤمنين عمر - رضي الله عنه - قلوبهم عنها ، فاستردّها^(٢) منهم بعوض وغير عوض ، ثم حبسها على المسلمين ، وردّها على سكان العراق ووظف عليهم أجرة . هذا مذهب الشافعي ، وسيأتي شرحه في موضعه ، إن شاء الله عز وجل في كتاب السير والجزية ، والغرض من ذكره الآن / تفصيل القول في رهن تلك الأراضي .

ش ١٦٧ وزعم ابن سريج أن عمر باع تلك الأراضي من أهل العراق ، وما حبسها وجعل الثمن موظفاً عليهم . وهذا يخالف نصّ الشافعي ، فإن ابن سريج يزعم أن سواد العراق على التأويل الذي ذكره مملوك ، فينفذ بيعه ورهنه . ونص الشافعي يصرح بأن تلك الأراضي محبسة ممتنع بيعها ورهنها .

قال العراقيون : سواد العراق من عبّادان إلى الموصل طولاً ، ومن القادسية إلى حلوان عرضاً ، فلو فعل الإمام فينا مثل هذا ، جاز . والقول فيه يطول ، وليس هو من

(١) ر . المختصر : ٢١٢/٢ .

(٢) ساقطة من النسخ الثلاث .

غرض الكتاب ، وإنما المقصود الكلام في أن رهن سواد العراق غير جائز على النص ؛ فإنه محبس . وهو جائز على تخريج ابن سريج .

وأما بيع ما فيه من أبنية ، فكل بناء كان من برية العراق ، فهو أيضاً غير مملوك ، وما لم يكن من برية ، فمملوك ، والغراس لا شك أنه مستحدث ، فإذا كان مملوكاً ، فالرهن فيه جائز ، وكذلك البيع .

ولو جمع بين رهن أرض من السواد وغراس فيه مملوك ، فهذا من باب تفريق الصفقة .

ثم مما وقع التعرض له في هذا الفصل أن بيع الأرض هل يستتبع الغراس ؟ وهذا قد استقصيناه في كتاب البيع على أبلغ وجه ، فلا معنى لإعادته ، وشرط هذا الكتاب أن نضم فيه أطراف الكلام في المثنيات والمكررات .

٣٥٨٤- ثم قال الشافعي : « لو أدى عنه الخراج ، فهو متطوع . . . إلى آخره »^(١) .

فالمراد أن من رهن بناء مملوكاً أو غراساً ، فالخراج على الراهن ، فلو أدى المرتهن الخراج نظر : فإن أداه من غير إذن من عليه الخراج ، فهو متطوع لا يجد إلى ما أداه مرجعاً . ولو أداه بإذن من عليه بشرط الرجوع ، رجع ، ولو أداه بإذن ، وما كان الإذن متقيداً بشرط الرجوع ، ففي المسألة وجهان مشهوران .

ولا اختصاص لهذا بما نحن فيه . وكل من أدى ديناً على إنسان ، فتفصيله في الرجوع على ما ذكرناه .

ونص الشافعي يميل إلى الرجوع إذا كان الإذن مطلقاً . قال الشافعي : لو فادى أسيراً دون إذنه ، لم يرجع عليه ، وإن فاداه بإذنه ، رجع عليه ، ولم يعتبر شرط الرجوع . ونص أيضاً على أن من اكترى داراً وقبضها وأكراها ، فأدى المكترى الثاني الكراء عن الأول إلى المكري بإذنه ، رجع . وإن لم يكن بإذنه ، لم يرجع ، ولم يعتبر شرط الرجوع .

والمسائل كلها على الخلاف بين الأصحاب .

فَضْلُكَ

قال : « ولو اشترى عبداً بالخيار ثلاثاً ، فرهنه قبلها ، فالرهن جائز ، وهو قطع لخياره . . . إلى آخره »^(١) .

٣٥٨٥- إذا شرط الخيار لنفسه دون البائع ، فالمذهب أن الملك للمشتري ، وخرج فيه قولان آخران ، تقدم ذكرهما في أول البيع . والشافعي فرّع على أن الملك للمشتري ، وقال : « لو رهنه في زمان الخيار ، صح الرهن ، وانقطع الخيار ، ولزم البيع » .

وهذا مما ذكرناه في كتاب البيع على أبلغ وجه في البيان ، وأحسن مساق في التفصيل ، والرهن في زمان الخيار بمثابة البيع . وحاصل المذهب ثلاثة أوجه : أحدها - أن الرهن فاسد والعقد على جوازه .

ي ١٦٨ والثاني - أن الرهن فاسد ، والخيار/ ينقطع . والثالث - وهو ظاهر النص - أن الرهن يصح ، وينقطع الخيار به .

وذكر العراقيون ، وصاحب التقريب في الوصية اختلافاً يناظر هذا ، فإذا أوصى رجل بعبد لرجل ، ومات الموصي ، فرهن الموصى له العبد الموصى به بعد موت الموصي ، وقبل القبول ، ففي المسألة أوجه : أحدها - يصح الرهن ، ويكون قبولاً للوصية . والثاني - لا يصح الرهن ، ولا القبول . والثالث - يفسد الرهن ، ولكن يقع قبولاً للوصية .

فَضْلُكَ

٣٥٨٦- ويجوز رهن العبد المرتد ، وهذا معنى مستقصى في البيع ، ثم ذكرنا المذهب في بيع العبد المرتد ، وبيع العبد المحارب المستوجب للقتل ؛ بسبب القتل والمحاربة ، وأوضحنا أن من اشترى عبداً مرتداً ، وقبضه ، وقتل في يده بالردة ، فهو من ضمان البائع أو من ضمان المشتري ؟ ولا وجه لإعادة ما سبق .

والقدرُ المتعلق بكتاب الرهن أن من ارتهن عبداً مرتداً ، وصححنا الرهن ، فقبضه ، ثم قتل في يده بالردة ، نظر : فإن لم يكن الرهنُ مشروطاً في بيع ، فلا أثر لما جرى ، وقد ارتفع الرهن بفوات المرهون . وإن كان الرهن مشروطاً في بيع ، فإذا قتل العبد في يد المرتهن ، ففيه الخلاف المقدم ذكره في البيع : ففي وجهٍ يُجعل كما لو قتل في يد الراهن ، ولو قتل في يده ، لما كان وافياً بالرهن المشروط ، ثم حكمه أن يتخير البائع في فسخ البيع ؛ فإن من شرط رهناً ، فلم يتفق الوفاء به ، ثبت له الخيار . وسيأتي بيان هذا الأصل .

وإن قلنا : المرتد في يد المرتهن محسوبٌ عليه ، فقد توفر عليه المشروط ، فلا يثبت له حق فسخ البيع .

٣٥٨٧- ويتصل بهذا الفصل أن الرهن إذا كان مشروطاً ، ثم اتفق ضياعه في يد المرتهن ، ثم اطلع المرتهن على عيب بعد فوات الرهن ، فهذا من غوامض الأحكام في الرهن . وهو بين أيدينا . ولكن نُنجز منه شيئاً .

فنقول : إن اطلع على عيبٍ وأمكن الرد ورَدَّ ، ففائدة ذلك أن يتخير في فسخ البيع .

وإن عسر الرد بالتلف ، وقد فرض الاطلاع من بعد ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه قد فات الأمر ؛ فإن الرد غير ممكن ، والأرش لا وجه له ؛ فإن الأرش استردادُ جزءٍ من الثمن .

والوجه الثاني - أنه يثبت للمرتهن حق فسخ البيع ؛ لأن النقصان الذي اطلع عليه في حكم جزء لم يصل المرتهن إليه ، ولم يتحقق الوفاء بالشرط فيه ، فهو كما لو شرط رهن أشياء ، فاتفق الوفاء برهن بعضها دون بعضٍ ، فالخيار ثابت . ونص الشافعي يميل إلى هذا .

فإذا ارتهن مرتداً ، فقتل في يده ، وفرعنا أنه محسوب عليه ، فلو اطلع على الردة من بعد ، فهذا ما ذكرناه من الاطلاع على العيب بعد فوات الرد .

فَضْلُكَ

قال : « ولو أسلفه ألفاً برهن... إلى آخره »^(١) .

٣٥٨٨- إذا رهن من عليه ألفٌ عبداً بالألف ، ثم أراد أن يرهن بذلك الألف عبداً آخر أو ما بدا له ، فليفعل ، ولا منع من هذا ؛ والسبب فيه أن الرهن هو المشغول بالدين ، والدين غير مشغول بالرهن ؛ فإنه ليس عوضه ، ولا موثقاً به ، فالزيادة في الرهن لا منع منها .

فأما إذا أراد أن يزيد في الدين ، ويرهن ذلك المرهون بدين آخر ، ضمما إلى الدين الأول ، فإن فسخا الرهن الأول وأعاداه بالدينين ، فلا شك في جوازه .
ولو قررا الرهن الأول ، وأرادا ضم دين آخر إليه ، ففي جواز ذلك قولان : أحدهما ش ١٦٨ - يجوز ، وهو القديم ، واختيار المزملي / .

والثاني - لا يجوز . وهو الجديد . ومذهب أبي حنيفة^(٢) .

٣٥٨٩- توجيه القولين : من منع ذلك ، احتج بأن قال : إذا أقر الرهن الأول ، وزيد في الدين بذلك الرهن ، فهذا رهنٌ مرهونٌ ، ورهنٌ المرهون لا يجوز ، كما لو فرض رهنه من آخر .

ومن قال : إنه جائز ، فلا وجه لقوله إلا اعتبار^(٣) الدين بالرهن . وقد قدمنا أن الزيادة في الرهن جائزة ؛ فإذا لم يمتنع هذا في أحد الجانبين وحكم العقود التساوي ، لم يمتنع في الجانب الآخر . ولما منعنا الزيادة في الثمن بعد لزوم العقد ، منعناها في الثمن .

ومن بدائع الأمور اختيار المزملي جواز هذا الإلحاق ، مع ميله إلى القياس في اختياراته ، وأبدع من هذا منع أبي حنيفة لهذا الإلحاق ، مع مصيره إلى أن الزيادة

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٢ .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٢٩٤ مسألة : ٢٠١٠ .

(٣) أي قياس الدين على الرهن ، فكما جاز الزيادة في الرهن تجوز في الدين .

تعلق الثمن والمثمن ، بعد لزوم العقد .

٣٥٩٠- ومما يتعلق بالمسألة أن العبد المرهون لو جنى جنائياً ، وتعلق الأرش برقبته ، وسنذكر أنه يباع في الأرش ، ولا يبالى بحق المرتهن إذا لم يقفده الراهن ، فلو قال المرتهن : أنا أفديه ، ويكون ما أفديه به ديناً على السيد ، ويصير^(١) العبد مرهوناً بما أقرض الراهن في فدائه ، ففي جواز ذلك قولان مرتبان على القولين في الأصل . وهذه الصورة أولى بالجواز ، من قبل أن هذا الفداء من مصلحة الرهن ، وهو سبب استبقائه ، فكان ما قدرناه فيه أقرب إلى الجواز .

وقرب الأئمة هذا من أصل رمزنا إليه في كتاب البيع ، وهو أن المشرف من الحقوق على الزوال إذا استدركت يجعل استدراكها بمثابة زوالها وإعادتها أم يحمل الاستدراك على موجب الاستدامة فيها ؟ فعلى قولين ، مأخوذ من معاني كلام الشافعي . وعليه بنينا استثناء الثمار عن مطلق بيع الأشجار قبل بدو الصلاح ، حيث قلنا : إنها إن كانت كالزائلة العائدة ، فلا بد من شرط القطع في استثنائها ، وإن بنينا الأمر فيها على الاستدامة ، وهو الصحيح ، فلا معنى لشرط القطع .

فإذا جنى العبد المرهون ، فقد أشرف الرهن على الزوال ، بتقدير أنه يباع في أرش الجنائية ، فإذا فدى المرتهن بالإذن على الشرط الذي ذكرناه ، فهل يجعل هذا كما لو انفك الرهن ثم أعيد ؟ ولو كان كذلك ، لصح فيه الخلاف الذي ذكرناه .

فصل في

قال : « ولو أشهد المرتهن أن هذا الرهن في يده بألفين . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٥٩١- صورة المسألة إذا أقر الراهن أن العبد الذي في يد المرتهن مرهون عنده بألفين ، ثم ادعى بعد ذلك أنه رهنه أولاً بألف ، ثم ألحق به ألفاً آخر على ما ذكرناه في صورة القولين . فإن قلنا : الزيادة في الدين جائزة ، فلا معنى لدعواه . وإن قلنا :

(١) في الأصل : ولا يصير .

(٢) ر . المختصر : ٢١٢/٢ .

لا يجوز ذلك ، فلو صدّقه المرتهن ، فذاك ، وإن كذّبه ، فالقول قول المرتهن .
وللراهن أن يحلفه ؛ فإن ما يدعيه محتمل .

وقد مهدنا فيما سبق أن جواز التحليف يعتمد الإمكان ، وإنما جعلنا القول قول المرتهن ؛ لظهور الإقرار في ثبوت الرهن بألفين ، وظهور الإقرار ، واحتمال ما قال الراهن يبيح الرجوع إلى قول المرتهن مع يمينه .

ولو ادعى الراهن ما وصفناه ، فقال المرتهن : فسخنا الرهن الأول بالألف ، وأعدناه بالألفين ، وأنكر الراهن الفسخ وادعى الإلحاق من غير فسخ وإعادة ، ففي ي ١٦٩ المسألة وجهان : أحدهما - أن القول قول المرتهن ؛ فإنه معتضد بالإقرار المطلق الصادر من الراهن ؛ إذ قال أولاً : العبد مرهون بالألفين .

والثاني - أن القول قول الراهن ؛ فإن المرتهن ادعى فسخاً وإعادة ، والأصل عدم ما ادعاه . وكل من ادعى عقداً جديداً ، فهو في مقام المدعين .

٣٥٩٢- ومما يتصل بهذا الفصل أنا إذا منعنا إلحاق الزيادة بالدين مع اتحاد الرهن ، فلو قال الراهن لشاهدين : كان هذا العبد رهناً بألفٍ ، فجعلته رهناً بألفين ، فشهد الشاهدان على لفظه ، ونقلاه إلى مجلس القاضي ، وكان القاضي يعتقد أن الزيادة لا تلحق ، فمعلوم أن اللفظة التي نقلها الشاهدان محتملةٌ لفسخٍ وتجديدٍ ، ومحتملةٌ للإلحاق ، ففي المسألة وجهان ذكرهما صاحبُ التقريب : أحدهما - لا يحكم الحاكم بكونه رهناً بالألف الثاني ، حتى يتبين له تفصيل الحال . والثاني - أنه يلزمه الحكم بكونه رهناً ؛ فإنه يجب على الحاكم حمل ما ينقله الشهود على الصحة . والدليل عليه أنهم لو شهدوا على بيع مطلق ، حمل على الصّحة في ظاهر المذهب . مع اختلاف العلماء في الصحيح والفاسد من البيوع .

وهذا الذي ذكرناه فيه إذا لم يطلع الشاهدان على سر الحال ، ولكن سمعا من الراهن لفظه المطلق : « إنّي جعلت هذا رهناً بألفين » .

فأمّا إذا علم الشاهدان أنهما ما جددا عقداً بعد فسخٍ ، وإنما ألحقا ، وكان الشاهدان يعتقدان أن ذلك لا يجوز ، والزيادة لا تلحق ، فلو أرادا أن يشهدا مطلقاً

وينقلا لفظ الراهن « إني جعلت هذا رهناً بألفين » فهل لهما أن يشهدا مطلقاً ؟ قال صاحبُ التقرير : هذا ينبني على أن القاضي هل يقبل ذلك ؟ فإن قلنا : لا يقبله ، فلا نظر إلى إطلاقهما . ثم إذا استفصل القاضي ، فضلاً ما عندهما . وإن قلنا : القاضي يقضي بالمطلق من شهادتهما من غير بحث ، فعلى هذا هل يجوز لهما إطلاق الشهادة مع العلم بسر الحال ؟ فعلى وجهين ذكرهما صاحبُ التقرير . قال : والأصح أنه لا يجوز الإطلاق .

والأمر على ما قال . وليس للوجه الثاني وجه .

فَضْلٌ

قال : « ولو رهن عبداً قد صارت في عنقه جناية . . . إلى آخره »^(١) .

٣٥٩٣- قد تقدم في كتاب البيع اختلافُ القول في بيع العبد الجاني إذا تعلق برقبته أرشُ جنايته ، فلو رهن المالك العبدَ الجاني وفي عنقه الأرش ، فلاصحابنا طريقتان : منهم من أجرى القولين في صحّة الرهن والقبض ، كما تقدم في البيع .

ومنهم من قطع بأن الرهن مردود قولاً واحداً بخلاف البيع ، واعتلّ بأن المرهون لو جنى جناية مالية ، وتعلق أرشها برقبته ، وامتنع السيد من فدائه ، عُرض على البيع ، وبيع في أرش الجناية . وإذا كان طريان الأرش يتضمن قطع حق المرتهن وتقدّم حق الأرش على حقه ، فينبغي أن يُمنع إيراد الرهن على العبد الذي في رقبته أرش . وإذا امتنع رهنُ المرهون ، فالوجه امتناع رهن الجاني ؛ فإن تعلق الأرش بالرقبة يوثق بها ، والمتعلّق الأظهر في الحال [لأرش]^(٢) الرقبة ، والدين الذي به رهنٌ يتعلق أصله بالذمة ، والتوثق في حكم تأكيد الأصل ، فإذا امتنع رهن المرهون ، وجب أن يمتنع / ١٦٩ ش رهن الجاني الذي في رقبته مالٌ .

ولو جنى العبد جناية توجب القصاص ، ففي بيعه تصرفٌ للأصحاب ، وخرّجوه

(١) ر . المختصر : ٢١٢/٢ .

(٢) في الأصل : للأرش .

على أن موجب العمد ماذا ؟ وقد مضى هذا مفصلاً في البيع . فإذا جوزنا البيع جواباً على أن موجب العمد القود المحض . ^(١) وجوزنا الرهن في هذه الصورة على هذا القول ^(٢) ، والجريان على أن تعلق الأرض يمنع الرهن ، فلو فرض بعد انبرام الرهن بالقبض عفو المجني عليه ، على مال ، أو من غير مال ، ورأينا العفو المطلق مقتضياً للمال ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : ثبوت المال طارئاً في الصورة التي انتهينا إليها بمثابة جناية تطرأ على الرهن من العبد المرهون ، ولو كان كذلك ، لم نحكم ببطلان الرهن ، ولكن يثبت حق بيعه في الجناية ، فإن اتفق ذلك ، انقطع الرهن . وإن لم يتفق بسبب ، فالرهن باقٍ . كذلك إذا عفا المجني عليه عفواً يوجب المال .

ومن أصحابنا من قال - وهو اختيار شيخي - نتبين أن الرهن في أصله غير منعقد . ولا شك أن التفريع على منع رهن الجاني جناية مالية . ووجه الوجه الذي ذكرناه أن الرهن جرى مقتراً بسبب هو الذي أفضى إلى ثبوت المال في المال ، فتبين آخر أن السبب المقترن كان مانعاً . ومن الأصول تنزيل الأسباب إذا أفضت إلى مسبباتها منزلة تحقق المسببات . وليس كالجناية الطارئة التي لا استناد لها إلى سبب متقدم .

التفريع : ٣٥٩٤- إن جرينا على الوجه الأول ، وهو تنزيل ثبوت المال طارئاً منزلة طريان الجناية ، فلا كلام . وإن أسندنا ^(٢) تبين فساد الرهن ، فلو كان العبد احتفر بئراً في محل عدوان ، فرهن وأقبض ، وتردئ في البئر مترد ، فأرشه يتعلق برقبة العبد المرهون المتسبب بالحفر . ثم كيف السبيل فيه على هذا الوجه الذي ذكرناه في العفو عن جناية الرهن عمداً ؟ وجهان في هذه الصورة : أحدها - أنا نتبين أن الرهن كان فاسداً ، كما تبيننا الفساد في العفو الطارئ . والوجه الثاني - أن هذا ليس بالعفو ؛ فإن الجناية واقعة في تلك الصورة والعبد منعوت بكونه جانياً . وليس كذلك حفر البئر ؛ فإنه ليس جناية واقعة . والفرق لائح .

(١) ما بين القوسين ساقط من : (ص) ، (ت ٢) .

(٢) كذا . ولعلها من الإسناد (مصطلح أصولي سبق بيانه) والمعنى هنا : وإن قلنا يتبين فساد الرهن ... إلخ .

فهذا منتهى قولنا في ذلك .

٣٥٩٥- ثم إن صححنا رهنه العبد الجاني جناية مالية ، فنجعل السيد مختاراً للفداء ، كما إذا باعه ، وفرعنا على نفوذ بيعه ، حتى قال الأئمة : هل يلزمه الفداء أم ننقض عليه بيعه إذا امتنع ؟ فعلى وجهين لا يخفى توجيههما . وعلى حال^(١) لا يبطل حق المجني عليه .

٣٥٩٦- ولو باع العبد الجاني ، وكان معسراً ليس له وفاء بالفداء ، فالمذهب الأصح الحكم بفساد البيع ، وتخصيص القولين بما إذا كان السيد متمكناً من الفداء .

ومن أصحابنا من نفذ البيع من المعسر لحق ملكه ، وأثبت للمجني عليه الخيار .

وما ذكرناه في البيع من ذلك كله جارٍ في الرهن . فإذا رهن وأقبض ، كان كما لو

باع ، ومهما^(٢) اختلف الأصحاب في / فساد البيع ، فالرهن أحق بالفساد لما ذكرناه في ١٧٠ ي أصل الفصل من اختلاف طريق الأصحاب في تصحيح رهن العبد الجاني .

وإذا جرى التفريع على الفساد ، فلا فرق بين أن يكون أرش الجاني مستغرقاً

لقيمته ، وبين أن يكون أقل منها ؛ فإن المانع إذا منع التعلق ، فهذا المعنى متحقق في القليل والكثير ، وهو بمثابة الحكم بفساد بيع المرهون دون إذن المرتهن . ولا فرق بين أن يكون الدين في مقداره مثل القيمة ، وبين أن يكون أقل منها .

فصل في

قال : « ولو ارتهنه [فقبضه]^(٣) ثم أقر الراهن أنه جنى . . . إلى آخره »^(٤) .

٣٥٩٧- إذا رهن مالك العبد العبد ، وأقبض ، ثم أقر بأنه كان جانياً ، والأرش في

رقبته ، لما رهنه ، وأنكر المرتهن ذلك ، ورام استمرار الرهن له ، نُظر : فإن لم يذكر

(١) المراد : على أي حال .

(٢) « مهما » بمعنى : (إذا) .

(٣) زيادة من نص المختصر .

(٤) ر . المختصر : ٢١٢/٢ .

الراهن المجني عليه ، بل أرسل الإقرار بالجناية ، وتعلّق الأرش ، فقوله مردود ؛ فإنه رام إبطال حقّ التزامه بقوله ، ولم يسنده إلى مستحق ، فلم يبطل الحق الذي ظهر التزامه بقول مبهم بلا ثبت ، وسيوضح هذا في أثناء الكلام ، إن شاء الله .

وإن أسند الراهن إقراره إلى مجني عليه في نفسه ، أو ماله ، فإن كذبه المقرّ له ، بطل إقراره ، واستمر حق [المرتتهن]^(١) . وإن صدقه المقرّ له ، فهذا موضع اختلاف النصوص واضطراب الأقوال .

٣٥٩٨- وحاصل ما نقل في المذهب في تأسيس الفصل ثلاثة أقوال : أحدها - أن إقرار الراهن مردود لمنافاته موجب رهنه وإقباضه . وأصل الشرع أن يؤاخذ الرجل بسابق قوله وفعله ، فيما يتعلق بثبوت الحقوق وبطلانها . ولو نفذنا إقراره ، لأبطلنا مقتضى تصرفه وإقباضه ، وهذا القول أقيس الأقوال .

والقول الثاني - أن إقراره مقبول ؛ من جهة أن ملكه مستمر في المرهون ، والتهمة منتفية ؛ من قبل أنّ العاقل لا يتسبب إلى التزام مغرم في ملكه ، لإبطال حق وثيقة غيره . وبيان ذلك أن المعترف به أصل الغرم ، وحق المرتتهن توثّق وتعلّق ، فيبعد أن يلتزم أصل الغرم لقطع تعلّق . وهذا يناظر قبول إقرار العبد فيما يوجب عليه عقوبة .

والقول الثالث - أن المقر إن كان موسراً ، نفذ إقراره ، ويلزم أن يغرم للمرتتهن قيمة المرهون ، ليوضع رهنأ ؛ فإنه بقوله تسبب إلى بطلان حق المرتتهن . وإن كان معسراً ، لم يقبل إقراره ؛ فإن في قبوله إبطال حق المرتتهن ، لا إلى بدل .

واختلاف الأقوال في قبول الإقرار وردّه قريب المأخذ من اختلاف الأقوال في تنفيذ عتق الراهن وردّه . وقد ذكرنا فيه ثلاثة أقوال : أحدها - الفرق بين الموسر والمعسر . والعتق على رأي من نفذه يعتمد الملك . والإقرار عند من ينفذه يعتمد الملك أيضاً ، وانتفاء التهمة .

ولهذا التفات على اختلاف القول في أن العبد إذا أقر بسرقة مال ، نفذ الإقرار في

(١) في الأصل : المقرّ له .

وجوب القطع . وهل ينفذ في ثبوت المال ؟ فيه تردد أشرنا إليه . وسيأتي تقريره في كتاب السرقة ، إن شاء الله تعالى .

وعبر الأئمة عن هذه الأصول بأن قالوا : الإقرار ممن هو صحيح العبارة إذا انتفت التهمة عنه بالكلية ، وتعلق بما للمقر فيه حق ، فهو مقبول ، وإن تضمن بطلان حق الغير ، كما ذكرناه في ثبوت العقوبة بإقرار العبد .

وإذا اقترن بالإقرار شيء يتعلق بالإقرار المقبول به ، فهل يقبل الإقرار في قرينة العقوبة ؟ فيه اختلاف قول . وأصل الإقرار مقبول من السيد/ لا خلاف فيه ، ولو انفك ١٧٠ ش الرهن ، كان مؤاخذاً به ؛ فإن الأصل لا تهمة فيه ، وهو مصادف محلّ حقه ، وبطلان حق المرتهن قرينة مقترنة بإقرار مقبول الأصل ، وفي نفوذ الإقرار في القرينة التردد الذي ذكرناه .

٣٥٩٩- ولو أقرّ الراهن بأنه كان أعتق العبد قبل أن يرهنه ، ففي إقراره الأقوال الثلاثة . وكذلك لو أقر بأنه كان مغضوباً عنده ، وأنه رهنه متعدياً وكان غاصباً .

ولو باع عبداً وألزم العقد ، ثم جرى بعد لزوم العقد إقراراً من البائع ، لو قدر نفوذه ، لبطل البيع ، ولا تهمة على المقر في ظاهر الأمر ، فقد قطع الأصحاب برد هذا الإقرار في حق المشتري ، وتقدير البيع ؛ والسبب فيه أن إقراره جرى وليس للمقر ملك في ظاهر الحال ، وإقرار الإنسان في ملك غيره مردود ، وليس كإقرار الراهن ؛ فإنه صادف محلّ ملكه .

وقد ذكر بعض الأصحاب طرد الأقوال في إقرار البائع فيما يتضمن بطلان البيع ، ورمز إليه شيخه في بعض أجوبته ، ثم رجع . وهذا فيما أراه هفوة لا يعتد بها .

وقد يعترض للناظر أن الراهن إذا أقر بكونه غاصباً ، فليس إقراره في محل ملكه على زعمه . وفيه الأقوال .

وقد يقول هذا القائل : إقرار البائع له تعلق ببيعه الذي تعاطاه ، وعهده متعلقة به ، وليس كإقرار مرسل من أجنبي في ملك الغير . ولا اغترار بهذا ، ولا وجه إلا القطع برد إقرار البائع بعد لزوم العقد ، وتخصيص الاختلاف بالرهن .

نعم . في معناه الإجارة : فلو أجز عبده ، ثم اعترف بأنه كان جانياً ، والتفريع على منع إجارة الجاني قبل الفداء ، فالأقوال تخرج خروجها في المرهون ؛ لأن الإقرار صدر عن مالك الرقبة ، فانتظم الترتيب كما ذكرناه .

٣٦٠٠- ومما يتعلق بتمهيد أصل الأقوال في إقرار الراهن أنه لو أقر بتعلق أرش يقصر مقداره عن قيمة العبد ومبلغ الدين ، فالتهمة في ذلك المقدار تنتفي ، والأقوال الثلاثة تخرج . ولو قبلنا . الإقرار ، لأبطلنا الرهن في الزائد ، والتهمة متمكنة فيه . ولأصحابنا في ذلك الزائد طريقان : منهم من قطع برد الإقرار فيه لتمكن التهمة . ومنهم من أجرى الأقوال الثلاثة في الجميع طرداً للباب .

وهذا ضعيف . وسيخرج عليه في أثناء الكلام تفريعٌ ، وعنده يبينُ حاصل القول في أصل الفصل الزائد .

وقد انتهى الغرض في تأصيل الأقوال . وahan التفريع عليها .

٣٦٠١- فإن قلنا : لا نقبل إقرار الراهن ، فلا بد من فرض دعوى من المقر له ، وبذلك ينتظم الكلام ، والتفريع ، فإذا أصر المقر له على الدعوى ، ورددنا على القول الذي نرفع عليه إقرار الراهن ، راجعنا المرتهن ، فإن صدق الراهن ، فبيع العبد في أرش الجناية أو يفدئ ؛ فإننا رددنا إقرار الراهن استبقاءً لحق المرتهن ، فلا يبقى مع تصديقه إلا تنفيذ حكم الجناية . ثم إذا بيع العبد في الأرش ، وكان المرتهن شرط في البيع رهناً ، فيثبت له في هذه الصورة فسخُ البيع إذا لم يتحقق الوفاء بمشروطه . هذا إذا وافق المرتهن .

ي ١٧١ فأمّا إذا أنكر وقد/ رددنا قول الراهن ، فلا بد من تحليف المرتهن إذا طلب المدعي ذلك ، ثم لا يخلو إما أن يحلف أو ينكُل^(١) ، فإن حلف ، استقر حقه في الرهن ، وبقي الكلام بعد ذلك في أن المقر له هل يغرم له الراهن المقر ، بسبب أنه بالرهن والإقباض حال بين المجني عليه وبين حقه من رقبة الجاني . ثم باعتباره أقر بصنيعه . في المسألة قولان سيأتي أصلهما في المغصوب .

والذي ننجزه الآن بناؤهما على ما لو قال صاحب اليد في الدار غصبت هذه الدار من زيد ، لا بل من عمرو ، فالدار مسلمة إلى المقر له أولاً . والإقرار الثاني في حكم الرجوع عن الإقرار الأول ، فتسلم الدار إلى الأول . وهل يغرم المقر للثاني قيمة الدار بسبب إيقاعه الحيلولة بينه وبين الدار بالإقرار الأول ؟ في المسألة قولان .

٣٦٠٢- ثم نعود إلى ما ذكرناه في مسألتنا ، فإن قلنا : لا يغرم الراهن للمقر له شيئاً ، فلا كلام . وإن قلنا : إنه يغرم ، ففي القدر الذي يغرم له طريقان : من أصحابنا من قال : فيه قولان : أحدهما - أنه يغرم أقل الأمرين من الأرض والقيمة . والثاني - أنه يغرم الأرض بالغاً ما بلغ ، وإن زاد على القيمة . وهذا بعينه اختلاف القول في أن السيد إذا أراد أن يفدي عبده الجاني ، فبكم يفديه ؟ وسيأتي تفصيل ذلك في آخر الديات إن شاء الله تعالى .

هذه طريقة .

ومن أصحابنا من قطع القول بأن الراهن لا يغرم للمقر له إلا أقل الأمرين ، كما لا يغرم سيد المستولدة في فدائها إلا الأقل ، والجامع أن فداء المستولدة ضروري ، لا تعلق له بالاختيار ، فكان بمثابة ما لو جنى العبد وتعلق الأرض برقبتة ، فقتله مولاه ، وكان الأرض زائداً على القيمة ؛ فلا يغرم المولى إلا القيمة ؛ فإن إتلافه لا ينبغي أن يزيد غرمه على غرم إتلاف الأجنبي .

وإذا وضح هذا ، فالغرم على الراهن بعد تقدم الرهن ، مع الحكم برد إقراره غرم ضروري ، فاتجه القطع باعتبار الأقل .

هذا كله إذا حلفنا المرتهن ، فحلف .

ثم لا يخفى أنه يحلف على عدم العلم بجناية العبد . وكل يمين يتعلق بنفي فعل الغير ، فهي على نفي العلم .

٣٦٠٣- فأما إذا نكل المرتهن ، فاليمين على من ترد ؟ على قولين : أحدهما - أنها ترد على المجني عليه المقر له ؛ فإن الحق له ، ولولا حقه ، لقر الرهن ، وانقطع الخصام ، فليقع الرد عليه . والقول الثاني - أن اليمين ترد على الراهن المقر ؛ فإنه

المالك ، وكأنه ينفي حقَّ المرتهن من الرهن ، فارتبطت الخصومة به من هذا الوجه .

التفريع على القولين :

٣٦٠٤- فإن ردنا اليمين على المجني عليه ، نظر : فإن حلف ، ثبت دعواه وانتزع العبد من يد المرتهن ، وبيع في حقه ، وليس للمرتهن أن يفسخ البيع الذي شرط الرهن فيه ؛ لأن الراهن يقول : أنت أبطلت حقك بنكولك . فإن قال المرتهن : وأنت أقررت أيها الراهن بانتفاء الرهن . فالراهن يقول : لكنك لم تقبل إقراري ، ولم يقبله الشرع ، ولم يبطل الرهن إلا^(١) بسبب نكولك ، ولم يكن لقولي أثر . وهذا واضح . وإن نكل المجني عليه المقر له ، لم يكن له أن يغرم الراهن شيئاً ، ويبقى العبد رهناً .

والسبب فيما ذكرناه أنه بنكوله أبطل حق نفسه . ووضوح ذلك يغني عن بسطه .
هذا إن رأينا ردَّ اليمين بعد نكول المرتهن على المجني عليه .

فأما إذا قلنا : اليمين ترد على الراهن المقرّ ، فعلى هذا إن حلف ، سلّم العبد للبيع . في حق المجني عليه ، وليس للمرتهن في هذه الصورة فسخٌ أيضاً ؛ فإنه بنكوله أبطل حق نفسه ، فكانت الإحالة على نكوله . هذا إذا حلف الراهن .

وإن نكل الراهن عن يمين الرد ، فهل للمجني عليه أن يحلف بعد نكول الراهن ؟ ش ١٧١ قولان/ : أحدهما - له ذلك ؛ لأن مصير الحق إليه ، ويستحيل أن يبطل حقه بنكول الراهن ، كما لا يبطل حقه بسبب رجوعه عن الإقرار . والقول الثاني - لا ترد اليمين على المجني عليه ؛ فإن اليمين في الخصومات ليس لها إلا مرد واحد ، ومنتهأها مردّها . فإذا ثبتت يمين الرد في جانب ، لم تتحول عنها . فإن قلنا : لا يرد اليمين إلى المجني عليه ، نجعل نكول الراهن بمثابة حلف المرتهن ، ونقرر الرهن . ثم يعود

(١) في الأصل ، (ت ٢) : « ولم يبطل الرهن [بزعمك] إلا بسبب نكولك » . وأما (ص) : فقد ضرب على كلمة [بزعمك] وهذا ما رجحناه .

القولان في أن الراهن المقر هل يغرم للمقر له ؛ من جهة أنه حقق الحيلولة ؟ وقد مضى هذا .

وإن قلنا : يرد اليمين على المجني عليه ، فإن حلف ، ثبت حقه وبيع العبد في الأرض ، وليس للمرتهن خيار الفسخ ؛ فإنه أبطل حقه بنكوله عن اليمين . وقد تمهد هذا .

وإن نكل المجني عليه عن اليمين ، لم يكن له تغريم الراهن قولاً واحداً ؛ فإنه كان مقتدرًا على رفع الحيلولة ، فلم يرفعها وأكدها ، فإذا كانت الحيلولة محالاً عليه ، لم يثبت له تغريم الراهن المقر .

وكل ما ذكرناه تفريع على أن إقرار الراهن غير مقبول ، والقول قول المرتهن . ثم انشعب الكلام من تحليف المرتهن إلى صور .

٣٦٠٥- فأما إذا فرعنا على أن إقرار الراهن مقبول ، فهل يقبل قوله من غير يمين ، أم يحلف ؟ في المسألة وجهان : أحدهما - أنه لا يحلف ؛ من جهة أنه مقر على ملكه وسبب نفوذ إقراره مصادفته ملكه مع انتفاء التهمة ، وهذا المعنى يوجب أن لا يحلف .

ومن أصحابنا من قال : لا بد من تحليفه لتعلق حق المرتهن بمحل إقراره ، فالإقرار مقبول على قاعدته ، واليمين معروضة لمكان حق المرتهن .

فإن قلنا : يقبل قوله دون اليمين ، سلم إلى البيع في حق المجني عليه . وإن قلنا : إنه يحلف ، لم يخل : إما أن يحلف ، أو ينكل ، فإن حلف ، ثبت الإقرار ، وبيع العبد في الجناية ، وتخير المرتهن إن كان الرهن مشروطاً في بيع . وإن نكل عن اليمين ، فالمرتحن يحلف ؛ من قبل أن الخصومة بينهما تدور ، وإنما حلفناه لحق المرتهن ، فإذا نكل ، فالرد على صاحب الحق . ثم إن نكل المرتهن ، كان نكوله بمثابة حلف الراهن ، جرياً على القياس الممهد في حكم يمين الرد ، ولا خيار له ؛ فإنه بنكوله أبطل حق نفسه في هذا المكان ؛ فلم يملك الفسخ . هذا إذا نكل عن يمين الرد .

فأما إذا حلف المرتهن لما نكل الراهن - والتفريع على قبول قول الراهن مع يمينه - فإذا انتهى الأمر إلى ما ذكرناه ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن العبد يُقرُّ في يد المرتهن مرهوناً ، وهذا فائدة حلفه . وظاهر القياس هذا . ولا يتجه غيره .

والقول الثاني - أن العبد يُنتزع من يده ، ويباع في الجناية ، ولا أثر لنكول الراهن وحلف المرتهن إلا أنه يُغَرِّمه قيمة العبد المرهون ليوضع رهناً ، وينسب في الامتناع عن اليمين إلى تفويت حق المرتهن ، ولا فائدة على هذا القول لتصوير اليمين والرد ، إلا بتثبيت قيمة العبد ووضعها رهناً مكان العبد .

٣٦٠٦- ومما يجب التنبيه له في هذا المنتهى أنا نتخيل الأقارير ثلاث مراتب : المرتبة العليا - إقرار من مُطلق فيما يعرف حقاً له ، فهو مقبول ؛ فإنه صادر من مُقرٍّ^(١) مُطلق فيما يقتضي الظاهر كونه حقه ، وليس يتضمن إقراره إبطالاً لحق غيره . هذه مرتبة وعليها خروج الأقارير الصحيحة .

والمرتبة الأخرى - إقرار في محلٍّ هو في ظاهر الظن حق الغير ، ولا ولاية للمقر . فهذا الإقرار مردود ؛ لأنه على الغير ، لا في حقه ، فإن اشتمل الإقرار على ما ينفي التهمة ، فالإقرار قد يقبل في محل انتفاء التهمة ، وهذا يظهر فيه إذا كان حق الغير/ ي ١٧٢ يتلف بعقوبة على المقر ، كالعبد يُقر بما يوجب عليه قصاصاً أو حداً . ولو كان لما وصفناه قرينةً ، ففي نفوذ الإقرار فيها القولان المقدمان ، وهو كإقرار العبد بسرقة مالٍ .

فهذا بيان هذه المرتبة ، مع ما يستثنى منها . ومن مراتب الإقرار أن يصادف ملكاً فيه حقٌ لازم ظاهراً ، والمقر مطلق في نفسه ، ففي قبول أصل الإقرار خلاف . فإذا قبلناه ، عدنا فترددنا في أنه يقبل من غير يمين أم مع اليمين ؟ وسبب هذا التردد قيام حق المرتهن .

٣٦٠٧- ثم إن فرضنا حلفاً من المقر ، نفذ الأمر ، ولم يبق للمرتهن إلا الخيار في البيع . وإن فرضنا نكوله عن اليمين ، رددنا اليمين وترددنا ؛ من جهة أن التفريع على

(١) في (ص) : متعين ، (ت ٢) : معتر (بهذا الرسم) .

قول قبول الإقرار . ويبعد في مسالك الأقاير أن يرد لمكان نكول عن يمين ، مع رد يمين ، وبُعدَ علينا أن نعطل أثر اليمين بالكلية ، فقلنا في قول يستخرج العبد من يد المرتهن ؛ فقول الراهن إذن ليس إقراراً ، بل كأنه قولٌ مقبول ممن يظهر صدقُه ، كقول المودع في الرد ، وقول كل مدعى عليه ، ومساق هذا يوجب تثبيت الرهن في يده إذا حلف على خلاف قول الراهن .

وإن قلنا : العبد يستخرج من يد المرتهن ، وإن [حلف] ^(١) ، فقول الراهن إقرارٌ في حقه . ولكنه لو حلف ، لأبان بحلفه أن أصل الرهن لم يكن ، فإذا لم يحلف وحلف المرتهن غرّمنا الراهن في حق المرتهن ، كالمعتق لما انجر إليه من التهمة لما نكل ، فألزمناه القيمة لهذا التخيل ^(٢) . وهذا ضعيف ، ولكن نقله الأئمة المحققون .

فإن قلنا : يبقى الرهن في يد المرتهن ، فلا كلام ، وإن قلنا : يغرم الراهن له القيمة ، فهل يثبت له الخيار ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يثبت ؛ لأنه لم يسلم له الرهن في العبد الذي عينه . والوجه الثاني - أنه لا خيار له ، كما لو سلم العبد المشروط ثم أتلفه ؛ فإنه يلتزم قيمته ولا خيار للمرتهن .

من قال بالأول انفصل عن الإتلاف بأن قال : لما أقبضه ، فقد وفاه حقه ، وصار وافياً بشرطه ، فانقطع الخيار لذلك . وقول الجاني فيما نحن فيه له انعكاس على أول الرهن ؛ من قبل أنه يُشعر بأن الرهن لم ينعقد .

فليتأمل الناظر تردد الفقهاء عند تركب الموجبات والمقتضيات .

ثم إن قلنا : تقرر العين المرهونة في يد المرتهن ، فهل يغرم الراهن للمجني عليه ؟ فعلى قولين مقدمين ؛ من جهة أنه بنكوله حَقَّ الحيلولة بين ذي الحق وبين محل حقه .

ولهذا نظائر ستأتي مشروحة في كتاب النكاح ، إن شاء الله تعالى .

وكل ما ذكرناه تفريع على أن رهن العبد الجاني الذي في رقبته أرشٌ باطل .

(١) في الأصل : « خلف » . (وهذا عجيب من نسخة الأصل التي لا نقط فيها أصلاً ، إلا أقل القليل ، من الكلمات المشبهات . فكيف نقطت هذه ؟) .

(٢) في (ص) : التخير ، (ت ٢) : التخيير .

٣٦٠٨- فأما إذا صححنا رهن الجاني ، والتفريع على أن إقرار الراهن مردودٌ فيما يتضمن بطلان حق المرتهن . فلو قال : قد رهنت وأقبضت ، ثم أقررت إقراراً لا ينافي رهنِي وإقباضي ، فاقبلوا قولي .

قلنا : اضطرب الأئمة في ذلك ؛ والقول فيه محتمل جداً . وقد تردد الأئمة : فقال بعضهم : إقراره بتقدم الجناية مقبول على هذا القول ؛ فإنه لا منافاة بين تصحيح الرهن والقبض وبين الجناية ، وهو مُطلق أقر بأمرٍ ممكن في ماله . وليس كما إذا فرعنا على أن رهن الجاني مردود ؛ فإنه إذا رهن ، وأقبض ، ثم أقر ، فإقراره يتضمن مناقضة ما قدمه من عقده وإقباضه . فلم يقبل منه في قولٍ . كما سبق .

وذهب بعض الأصحاب إلى أنا إذا رأينا رد إقراره على قولنا بفساد رهن الجاني - فيرد إقراره على القول بصحة رهن الجاني ؛ فإن قبول إقراره يتضمن نقض يد المرتهن .
ش ١٧٢ والرهن إذا انبرم بالقبض ، فمقتضاه لزوم حق المرتهن ، فالراهن المُقبض ملتزم إلزام/ حق المرتهن . فإذا أتى بما يناقض قوله ومضمون فعله ، ردَّ على قول الرد ، كما يرد إقراره على قول فساد رهن الجاني ؛ من جهة أنه بلفظه في العقد وإقباضه التزم صحته له . فإذا أقر بما ينافي الصحة ، ردَّ إقراره في القول الذي عليه التفريع .

قَبِيحٌ : ٣٦٠٩- إذا رأينا قبول إقرار الراهن على قول فساد رهن الجاني ، وانتهى الأمر إلى بيع العبد المرهون في أرش الجناية ، فإذا بعناه ، فلو فضل من ثمنه شيء ، فقد اختلف أصحابنا في ذلك الفاضل ، فمنهم من قال : هو خارج عن هذا الرهن ، لا عُلقة فيه للمرتهن .

ومنهم من قال : ذلك الفاضل مرهون ؛ فإن إقرار الراهن إنما يقبل في مقدار الأرش .

وهذا يلتفت على ما أجريناه في أثناء الكلام ، من أن الراهن لو أقر بأرش يقصر عن القيمة ، ورأينا قبول إقراره ، فهل نحكم بانفكاك الرهن في الجميع أم نقضي بانفكاكه في مقدار الأرش ؟ فيه التردد الذي سبق . فالقول في الفاضل ملتفتٌ عليه .

ولكن على الناظر فضل تدبر . فإن حكمنا بأن الزائد على مقدار الأرش لا ينفك

الرهن فيه ، فلا وجه لبيعه حتى ينتهي الكلام إلى كونه رهناً أم لا . وإن قلنا : الرهن مردود في الجميع ، فالمصير إلى أن الفاضل رهنٌ بعيد . فما الوجه في تنزيل هذا الخلاف في الفاضل ؟ قال شيخنا أبو محمد : نحن وإن قلنا : الجاني لا يصح رهنه ، فإذا أقر وقبلنا إقراره ، وفضل من الثمن شيء ، فلسنا نقول : إنه بان لنا أن الرهن بطل بإقراره . ولكن كأننا قدّمنا حقَّ المقر له بالأرّش على حق المرتهن . ولم نجعل الإقرار مبطلاً . فإذا فضل شيء من حق المقر له ، فيبقى حق المرتهن فيه .

وهذا بعيد عندي عن النظم ، والوجه القطع بأننا نتبين بالإقرار فساد الرهن . فإن كان الأرّش أقلّ ، نردُّ نظرنا إلى أن بيع ما يزيد على الأرّش مرود أو غير مردود . ولا مصير إلى تصحيح البيع ورد الخلاف إلى أن الفاضل رهن أم لا .

فَضْلُهُ

قال : « ولو جنى بعد الرهن ، ثم برىء من الجناية بعفوٍ ، أو صلحٍ . . . إلى آخره » (١) .

٣٦١٠- العبد المرهون إذا جنى في يد المرتهن جنائياً ماليةً ، تعلق الأرّش برقبته ، ولم يتضمن ذلك بطلان الرهن ؛ فإنه لو فرض عفوً عن الأرّش أو فداءً من المولى ، فالرهن يبقى مستمراً . ولكن إن لم يجر مما أشرنا إليه شيءٌ ، فبيع في الأرّش إن كان مستغرقاً لقيمته . وإذا بيع ، تبين ارتفاع الرهن قبيل البيع ، ولو كان الرهن مشروطاً في بيع ، ثم أفضى الأمر إلى الجناية والبيع فيها ، فلا خيار للمرتهن في فسخ البيع ؛ فإن الرأهن قد وفى بما شرط عليه ، ولا نلزمه أن يعصم المرهون عن الجناية ، كما لا نلزمه عصمته من طوارق الحدّثان .

فإن قيل : لم قدمتم حقَّ المجني عليه على حق المرتهن ، وهلاً قلتم : لا يتعلق الأرّش برقبة المرتهن لكونها مشغولةً بوثيقة الرهن ؟

قلنا : تكلف أصحابنا في هذا كلاماً ، فنذكره أولاً . قالوا : حق المرتهن له

محلان العين والذمة ، فإن فأت العين ، استقل الحق بالذمة . وحق المجني عليه ناجزاً ينحصر في العين ، فقدم ، كما قدم إزالة النجاسة على رفع الحدث إن كان الماء لا يفي إلا بأحدهما ، فإن لظهر الحدث بدلاً . وقيل : حق المجني عليه يثبت بأصل الشرع ، فكان أقوى من حق المرتهن الثابت بالعقد .

وهذا تكلفٌ عندي . وقد تتعارض الأقوال ، ولا يعدم الفقيه كلاماً في ترجيح ي ١٧٣ وثيقة/ الرهن . ولو لم يثبت في ذلك إلا القطع بمنع بيع المرهون ، مع التردد في بيع الجاني ، لكان ذلك متنفساً . والوجه ألا نلتزم هذا الفرع أصلاً ؛ فنقول : حق المرتهن في ربة المرهون لا يزيد على حق المالك . ثم الأرض يتعلق بمحل الملك ، فليعلق بمحل الرهن . فإن روجعنا في تعليل أصل التعليق ، لم نخض فيه الآن .

فصل في

قال : « ولو دبره ، ثم رهنه ، كان الرهن مفسوخاً . . . إلى آخره » (١) .

٣٦١١- مقصود الفصل الكلام في رهن المدبر . ونحن نقدم عليه القول في رهن المعلق عتقه بالصفة ، فنقول : رهن العبد المعلق عتقه بالدين الحال جائز ، ثم إن بيع قبل وجود الصفة ، فذاك ، وإن وجدت الصفة قبل البيع ، فهذا يبتني على أن العبرة في التعليقات بحالة التعليق ، أو حالة وجود الصفة . وقد ذكرنا طرفاً في ذلك كافياً في غرض هذا الكتاب . وسيأتي تفصيل هذا الأصل في الوصايا والعتق ، إن شاء الله تعالى .

ولو رهن المعلق عتقه بدين مؤجل ، ففيه مسائل : أحدها - إن يتقن أن حلول الأجل يسبق وجود الصفة ، فيجوز الرهن كما يجوز بالحال .

والمسألة الثانية - أن يتقن أن الصفة توجد قبل حلول الأجل ، ففي جواز الرهن والحالة هذه وجهان : أظهرهما - المنع . والثاني - أنه يجوز . والوجهان يقربان من

قولين سيأتي ذكرهما في رهن الطعام الذي يسرعُ الفساد إليه ، بدين مؤجَّل ، يسبق فسادَ الرهن حلولُ أجله . وسيأتي ذلك في مسائل الكتاب ، إن شاء الله تعالى .
 ووجه الشبه لائح ، فتقدير نفوذ العتق قبل الأجل كتقدير فساد المرهون . وهذا يحتاج إلى تأمل .

٣٦١٢- وإنما يَسْتَدُّ ما ذكرناه من البناء تفريعاً على أن العتق ينفذ عند وجود الصفة ، فيقع النظر في أن مقصود الوثيقة يزول بنفوذ العتق قبل الحلول .

فأما إذا قلنا : العتق المعلق قبل الرهن لا ينفذ في حالة الرهن ، فليس يتأتى والتفريع على هذا الوجه أخذُ هذا من رهن ما يتسارع الفساد إليه ؛ فإننا إذا قدرنا ثبوت الرهن ، وربنا عليه منع نفوذ العتق قبل الأجل ، فقد خرج بنا الكلام عما تقدّم . فالوجه أن نقول : إن كنا ننفذ العتق ، نأخذهُ من تسرع الفساد . وإن كنا نرى أن العتق لا ينفذ لو قدر الرهن ، فالقول في صحة الرهن يخرج على أصل آخر ، وهو أن الراهن صار مدافعاً لعتق صار كالمستحق^(١) . فهل يصح الرهن ؟ وهذا الآن يخرج على الخلاف الذي سنذكره في رهن المدبر مع القطع بجواز بيعه ، وثمَّ يتبين حقيقة ما نقول إن شاء الله تعالى .

ومن مسائل التعليق أنه إذا رهن عبداً معلق العتق بصفة يجوز وجودها قبل المَحَل ، ويجوز استئجارها عن المَحَل ، ففي جواز الرهن وجهان مرتبان على الوجهين فيه إذا استيقنا تقدّم الصفة على الأجل . وهذه الصورة أولى بالجواز . ووجه الفرق بين .

فهذا تمام ما أردنا ذكره في رهن المعلق عتقه .

٣٦١٣- فأما رهن المدبر ، فنذكر فيه اختلاف طرق الأصحاب ، ثم نرجع إلى النص : فمن أصحابنا من بنى رهن المدبر على القولين في أن التدبير وصية أو عتق بصفة ؟ قال : إن جعلناه عتقاً بصفة ، فهذه الصفة يجوز أن توجد قبل المحل ، ويجوز

(١) في (ص) ، (ت ٢) : المستحق .

أن توجد بعده . فجواز الرهن يخرج على قولي رهن العبد المعلق عتقه بصفة يجوز أن توجد قبل المحل ، ويجوز أن تستأخر .

ش ١٧٣ ومن أصحابنا/ من قال : يجوز رهن المدبر قولاً واحداً . وهذا هو القياس ؛ لأن التدبير إن كان وصية ، فالرهن جائز ، وإن كان عتقاً بصفة ، فهو محسوب من الثلث . وحق المرتهن من رأس المال ، فهو مقدّم على ما يحسب من الثلث ، غاية ما يُقدّر^(١) أن يموت من عليه الدين ، ولا يخلف إلا هذا العبد ، ولو كان كذلك وكان الدين مستغرقاً لقيمته ، لصرفناه إلى الدين وأبطلنا العتق . وليس كذلك رهن المعلق عتقه بصفة توجد في حياة المعلق ؛ فإن ذلك العتق لو نفذ في حياة المعلق ، لكان مقدماً على الديون ، فلا تأكد للعتق في التعليق ، وصار في حكم الاستحقاق ، والرهن تصرف ضعيف منحط عن البيع ، اقتضى ذلك تجويز البيع ، ومنع الرهن . والعتق الذي يقدر حصوله في المدبر ضعيف ؛ من قبل انحصاره في الثلث ، فيقدم الدين عليه .

وقال بعض أصحابنا : رهن المدبر باطل قولاً واحداً . وهذا هو الذي قطع به الشافعي ؛ إذ قال : « رهنه مفسوخ » والمراد بالمفسوخ الباطل . وهذا يعتاده الشافعي كثيراً .

وهذا القائل يزعم أن التدبير ليس وصية محضة ، فلا يلزم تصحيح الرهن على قول الوصية . وهذه الطريقة وإن كانت توافق النص ، فليس ينقدح لي في توجيهها شيء . وكأن الشافعي يعتقد أن التدبير على حال عقد عتاق شرعي ، ولا يطابق هذا مذهبه في جواز البيع ، وجواز الرجوع عن التدبير على الأصح ، والمدبر على الحقيقة عندنا عبدٌ قن ، فإذا مات السيد ، جعلنا عتقه محسوباً من محل الوصايا . وللشافعي في كتاب الصّدّاق كلام في أن المرأة إذا دبرت العبد المصدق ، ثم طلقها زوجها ، فهل يرجع إلى نصف المدبر . فلعلنا نجد ثمّ بسطة في الكلام . وقد انتهى غرضنا الآن والله أعلم .

(١) في (ص) ، (ت ٢) : يتوقع .

فَصْلٌ

قال : « ولو رهنه عصيراً حلوّاً ، كان جائزاً ، فإن حال إلى أن يصير خلاً أو مرّاً . . إلى آخر الفصل »^(١) .

تقرأ « مرّاً »^(٢) وهو بين شدة الخمر وحموضة الخل ، وليس بمسكر على حالٍ . وتقرأ « مرّياً »^(٣) . وهذا بعيد ؛ فإن الخمر لا يصير مرّياً .

٣٦١٤- فنخوض في غرض الفصل ، ونقول : رهن العصير جائز بالدين الحال . فلو رهن العصير وأقبضه ، فاستحال العصير خمرّاً في يد المرتهن ، فلا نحكم بأن الخمر توصف بكونها رهنّاً أصلاً ، واختلف الأصحاب في العبارة عنها . قال قائلون : بطل الرهن لما استحال العصير خمرّاً ؛ فإن الخمر ليست مالاً ، وما لا يكون مالاً لا يكون رهنّاً .

ثم إذا استحالت الخمر خلاً ، فالخل مرهون ، وهذا القائل يقول : عاد الرهن من غير إعادة ، كما زال من غير إزالة ، وليس كما لو فسخا الرهن ؛ فإنه لا يعود ما لم يعيده ؛ من جهة أن الرهن زال عن قصد ورضا ، فلا يعود إلا بمثل ما زال به .

ومن أصحابنا من قال : إذا استحال العصير خمرّاً ، فالرهن موقوف لا يحكم ببطلانه ، فإن عاد خلاً ، بان أنه لم يبطل . وهذه الطريقة عريّة عن التحصيل ؛ من جهة أن لا توقف في أن الخمر ليست مالاً ، والتبين إنما يحسن لو كنا نتبين أن الشدة/ لم تطرأ . ١٧٤ ي والطريقة الأولى قاصرة أيضاً عن شفاء الغليل والكشف التام .

والوجه عندنا أن يقال : من اتخذ عصيراً ، وقصد تركه إلى أن يصير خلاً ، فإذا صار العصير خمرّاً ، فالخمرة ليست مملوكة ، ولكن لمالك العصير فيها حق ملك ،

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٣ .

(٢) المزّ : الحلو الحامض ، فيكون طعمه بينهما ، أو خليطاً منهما (معجم) .

(٣) في (ص) : مرّاً . والأصل بغير نقط لا في هذه ، ولا تلك . والمرّي : إدام كالكامخ يؤتدم به ، كأنه نسبة إلى المرّ ، ويسميه الناس (الكامخ) ، وهو لفظ معرب اسم لما يؤتدم به ، أو للمخلّلات المشبهة (المصباح ، والمعجم) .

وإن لم يكن حقيقة ملك ، فهو على حق الملك فيها ، فإذا انقلبت خلاً ، كان على حقيقة الملك الآن ؛ من جهة أنه استفاد هذا المال عن اختصاصه بالخمير . كذلك المرتهن له حق اختصاص بالخمير ، وليس ذلك الحق رهناً ، فإذا انقلبت الخمير خلاً ، عاد حقه في الرهن لترتبه على ما ذكرنا نظيره في الملك .

٣٦١٥- ولو رهن شاة وسلمها ، فماتت ، فلا شك أن الرهن لا يبقى في الميتة ، وإنما النظر في جلدتها إذا دُبغت ، فهل نحكم بأن الرهن يعود في ذلك الجلد من غير استئناف عقد ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يعود الرهن كالخمير إذا عادت خلاً ؛ فإنها تعود رهناً ، كما تقدم .

والوجه الثاني - لا يعود الجلد إذا دبغ رهناً ؛ فإنه ليس ينقلب بنفسه مدبوغاً ، بل لا بد من إتيان فعل فيه . وإنما يستقيم العود من غير اختيار رهناً إذا كان الانقلاب على هذه الصفة .

ومن غصب خمراً أو جلدأ غير مدبوغ ، ثم استحالت الخمير خلاً ، ودبغ الغاصب الجلد ، فهل يجب عليه ردُّ الخل والجلد المدبوغ ؟ هذا من القواعد العظيمة في الغصب ، وهو شعبة من أصل يحوي تقاسيم . والوجه تأخير جملته إلى كتاب الغصب . والعود إلى ما يتعلق بهذا الكتاب .

٣٦١٦- فلو باع عصيراً وسلمه عصيراً ، فقد تم العقد ، وتحمل ما يفضي إليه من انتقال العهدة . فلو استحال في يد المشتري خمراً ، فليس يتعلق بذلك من تبدل قضايا العقد شيء في غرضنا ، وليس كالمرهون يستحيل خمراً ؛ فإن مقصود الرهن منتظر ، وهو بيع الرهن في الدين عند ميسر الحاجة إليه ، فوقع الاعتناء باستحالة العصير في يد المرتهن .

وشبه الأئمة بيع العصير واستحالة خمراً في يد البائع باستحالة العصير خمراً في يد المرتهن ؛ فإن البيع لزم بانتفاء الخيار عنه ، ولا يتوقف لزومه على الإقباض . ولكن انتقال الضمان ونفوذ التصرف منتظر بعد ، فقال الأئمة إذا استحال العصير خمراً في يد البائع ، ثم استحالت الخمير خلاً ، فالعقد قائم ، والقول في انقطاعه وعوده ، أو في

وقوف الأمر فيه على نحو ما قررناه في المرهون بعد القبض ، وقال القاضي : النص ما ذكرناه في الرهن والبيع وهو الأصل .

وكان لا يمتنع في القياس أن نقول : العصير المبيع إذا استحال خمرأ ، والخمر ليست بمال ، فالعقد قد عدم موردَه ومحله ، فإذا انقلبت الخمر خلاً ، فالقياس أن نجعل هذا على قياس عود الحنث فيه إذا علق الرجل طلاقاً أو عتاقاً ، ثم بت النكاح ، وأزال الملك عن الرقبة ، فلو فرض عودٌ بعقدٍ ، ففي حكم التعليق السابق في الملك والنكاح اللاحقين قولان مشهوران .

ووجه التشبيه أن العقد في استحالة العصير خمرأ على حالةٍ ، لو فرض ابتداء العقد ، لم يثبت لانعدام المحل ، لا لعجزٍ أو غيره من الموانع . والأمر على هذا الوجه في عود الحنث ، فإن النكاح انبت ، وكذلك الملك ، ولم يبق محلٌّ يفرض فيه نفوذ طلاق أو عتاق . ثم كان في العود ما ذكرناه .

فإن كانت الخمرة/ تستحيل بنفسها ، واعتقد المعتقد ذلك فرقاً ، فهذا لا يعارض ١٧٤ ش الفقه الذي ذكره القاضي من تحقق انعدام المحل ، ولكنه لم يذكر هذا إلا منبهاً على طريق المعنى . والمذهب ذاك الذي نقلناه^(١) .

وكل هذا في استحالة العصير بعد القبض .

٣٦١٧- فأما إذا استحال العصير خمرأ قبل القبض ، فإن جرى الإقباض على الشدة ، فالقبض فاسد .

ولو استحالت خلاً ، فلا عود للرهن ؛ فإن الركن الأعظم جرى على الفساد . وهو كما لو رهن الخمرة المحترمة ، ثم استحالت ، فالعقد على الفساد ، ولا ينقلب إلى الصحة بسبب انقلاب الخمر . ولو استحال العصير خمرأ قبل القبض ، وانقلب خلاً قبل القبض ، فهل يفسد الرهن فساداً لا يعود بالانقلاب إلى الحموضة ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يفسد لانعدام المحل في حال جواز الرهن وضعفه ؛ إذ هو غير منتهٍ إلى اللزوم بعد .

والثاني - يعود العقد ، كما ذكرناه بعد القبض .

(١) في (ص) ، (ت ٢) : ذكرناه .

وهذان الوجهان يقربان من الأصل الذي مهدناه في موت الراهن قبل القبض وجنونه .

٣٦١٨- وألحق الشيخ أبو علي بهذا الأصل ما لو رهن الرجل عبداً ، فجنى قبل القبض ، وتعلق الأرش برقبته . وقلنا : رهن الجاني فاسد . وقد ثبت أن طريان الجناية بعد القبض لا يفسد الرهن ، ولكن يُثبت حق رفعه بالبيع في الجناية . فإذا فُرض ذلك بعد تأكد الرهن بالقبض ، ففي ارتفاع الرهن وانفساخه وجهان .

وهذا الذي ذكره الشيخ أبعد من انقلاب العصير خمرأ ؛ فإن العبد وإن جنى ، فهو قائم والملك فيه دائم .

وقد يلزم على هذا المساق تخريج وجهين فيه إذا أبقى^(١) العبد المرهون قبل القبض ، وانتهى إلى حالة يمتنع ابتداء الرهن فيه . ويجوز أن يُتخيّل فرق من جهة أن الجناية بعد القبض تؤثر في الرهن ، والإباق لا يؤثر بعد القبض .

وإذا كان أخذ هذه المسائل من طريان الجنون والموت ، فليس الإباق بعيداً إذا فُرض طريانه قبل القبض عن التردد ، وتقدير الخلاف .

وإذا بان ما ذكرناه في استحالة العصير خمرأ قبل القبض ، فإن قلنا : ينفسخ الرهن ، ولا يعود ، فإذا جرى الإقباض على الشدة ، فالقبض فاسد ، والرهن منفسخ ، ولا توقع في العود على الوجه الذي عليه نفرّع ، فاستحالة الخمر خلاً بعد ذلك لا أثر له . فإن أعاد عقداً بعد الحموضة ، لم يخف حكمه .

وإن قلنا : لا ينفسخ الرهن انفساخاً لا يعود ، فإذا جرى القبض على الشدة ، فالقبض فاسد ، فإذا استحالت الخمر خلاً ، فعقد الرهن باقٍ ، والذي جرى ليس بقبض ، فلا بد من قبض بعد الحموضة . وإذا ورد العقد على يد ، ففي تضمن العقد الإقباض كلامٌ مضى . فأما إذا أردنا إثبات قبضٍ مجدد على يد مستدامة ، فلا بد من إقباضٍ من طريق الصورة . فلو قال : اقبضه لنفسك ، ففيه خلافٌ ، قدّمته في كتاب البيع . وهذا ذاك بعينه . ولو قال أمسكه لنفسك ، لم يكن إقباضاً .

وإذا جوزنا له أن يقبض لنفسه بنفسه ، فلا بد من صورة نجرها يقع مثلها قبضاً

(١) أبق : من باب ضرب في الأكثر ، وتأتي من بابي تعب وقتل . (المصباح والمعجم) .

ابتداء ، هلكذا ذكره الأئمة وصرّحوا^(١) .

وذكر صاحب التقريب أن الإذن في الإمساك ، واليدُ دائمة يخرج على أن العقد هل يتضمن إقباضاً ؟ ثم رجّح ، فقال : هذا أولى ؛ فإنه يعرض لنفس القبض . فإذا كنا نجعل ضمن/ العقد إقباضاً ، فلأن نجعل الإذن في الإمساك قبضاً أولى .
وهذا قياس لست أنكره . ولكن صرح الأئمة بخلافه .

هذا تمام البيان في هذا الفصل . ثم وصل الشافعي بهذا الفصل تحليل الخمر والمعالجة في استعجال الحموضة . وذكر الأصحاب هذا الفصل هاهنا فتأسى بهم .

فصل في

٣٦١٩- الخمر تنقسم إلى خمرة غير محترمة ، وإلى خمرة محترمة ، فأما التي لا تحترم ، فهي التي اتخذها المالك لتكون خمرأ ، فهذه الخمرة غير محترمة ؛ وتتعين الإراقة على أهلها ، وإذا التمسوا أن يكتفى بإيقاع الحيلولة بينهم وبينها حتى تتخلل بأنفسها لم نُجْبههم إلى هذا ، وعجلنا إراقتها ، وهذا مشعر باستحقاق الإراقة فيها ؛ فإننا إن عولنا على محاذرة مخامرتهم لها ، وعدم الأمن بهم فيها ، فالحيلولة تحسم هذه المادة وتقطعها ولا اكتفاء بها ، فوضح أنها مستحقة الإراقة .
فلو لم يتفق إراقتها حتى استحالت خلاً من غير علاج ، ولا تسبب ، فالخل مالٌ ، ولا خلاف أنه لا يراق على صاحبه .

فنقول : الخمر وإن كانت مستحقة الإراقة ، فقد انعدمت الشدة ، وكأن تيك العين قد زالت ، والخل رزق جديد . هذا متفق عليه .

٣٦٢٠- ولو خلل مخلل هذه الخمرة التي وصفناها بكونها مستحقة الإراقة ، نُظر : فإن طرح فيها عيناً من ملح ، أو خلٍ ، أو غير ذلك ، فانقلبت خلاً ، فهو نجسٌ محرّم . وعلل بعض أصحابنا ذلك بأن العين الواقعة في الخمر تنجست بملاقاتها ، فإذا

(١) كذا في النسخ الثلاث بدون ذكر متعلق التصريح . وهو إيجاز بالحذف يجري أحياناً في أسلوب الإمام .

انقلبت الخمر خلاً ، نجسته تيك العين المتنجسة بملاقاة الخمر .

وهذا قول غير صادر عن فكرٍ قويم ؛ فإنه لا معنى لتنجيس العين إلا اتصال أجزاء الخمر بها ، وجوهر تلك العين على الطهارة ، فإذا انقلبت الخمر خلاً ، فمن ضرورة ذلك أن تنقلب تلك الأجزاء التي لاقت العين الواردة على الخمر ؛ فلا حاصل إذن لذلك ، والتعويل في تحريم الخل على تحريم التخليل كما ذكرناه في (الأساليب) .

هذا قولنا في التخليل بطرح شيء في الخمر ، والحكم متفق عليه ، والتعويل على تحريم التخليل .

٣٦٢٠ م- ولو لم يطرح في الخمرة المستحقة الإراقة شيئاً ، ولكن نقلت إلى ظلٍّ أو شمس ، وكان ذلك سبباً في المعالجة ، ومعالجة تحصيل الحموضة ، فإذا زالت الشدة ، ففي المسألة وجهان بناهما بعض الأصحاب على التردد الذي ذكرناه في التعليل في المسألة الأولى . قالوا : إن عللنا بالنجاسة ، فهذا المعنى مفقود هاهنا ؛ لأنه لم يطرأ على الخمرة ما ينجس بها ، وإن عولنا على التحريم ، فالتخليل عبارة عن التسبب إلى إكساب الخمر الحموضة . وهذا المعنى يحصل بالتشميس ، والنقل . ولا حاجة إلى هذا البناء ؛ فإن فصل^(١) النجاسة باطل قطعاً . وإن اعتمده أبو يعقوب^(٢) وطائفة من أئمة الخلاف . ولكن توجيه الوجهين في التشميس والنقل يهون من غير بناء ، فأحد القائلين يتمسك بقصد التخليل وقد حرمه النبي عليه السلام في الخمرة المستحقة الإراقة ، ولما قال أبو طلحة في خمور الأيتام : أخللها ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا » . ولم يتعرض للتفصيل في التخليل^(٣) ، فهذا وجه .

(١) المراد بفصل النجاسة : التعليل بنجاسة ما يطرح فيها عند ملاقاته عينها ، وليس الفصل الحسي ؛ فالمعنى أنه يجري في هذه الصورة وجهان من غير بناء على التعليل بالنجاسة .

(٢) أبو يعقوب : هو أبو يعقوب الأبيوردي .

(٣) حديث أبي طلحة : رواه أحمد : ١١٩/٣ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ ، وأبو داود : كتاب الأشربة ، باب ما جاء في الخمر تخلل ، ح ٣٦٧٥ ، والترمذي : البيوع ، باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك ، ح ١٢٩٣ ، وأصله في مسلم : الأشربة ، باب تحريم تخليل الخمر ، ح ١٩٨٣ ، وانظر التلخيص : (٨٢/٣ ح ١٢٤٠) .

والوجه الثاني أن [الخل]^(١) يحلّ اعتباراً بالإمساك^(٢) .

ثم لو فرض إمساك الخمر المستحقة الإراقة على قصد التخليل ، فتخللت ، ففي المسألة وجهان أيضاً بالترتيب على الوجهين في النقل والتشميس ، وهذه الصورة أولى بالحل^(٣) ؛ من جهة أنه لم يوجد فيها فعل ، والقصد المجرد يبعد أن يحرم .

ولو اتفق لبث من غير قصد إليه ، فاستحالت الخمر في تلك المدة ، فالخل حلال بلا خلاف / ؛ لما قدمناه في صدر الفصل .

فهذا بيان الخمرة التي ليست محترمة .

٣٦٢١- فأما الخمرة المحترمة وهي خمرة الخل . وتصوير ذلك أن اتخاذ الخل جائز بلا خلاف ، والعصير لا ينقلب من الحلاوة إلى الحموضة من غير توسط الشدة ، فإذا انقلبت خمرأ ، فلا سبيل إلى إتلافها ؛ إذ لو أتلفت ، لما تصوّر اتخاذ الخل .

وهذئ بعض الناس فقال : نُضرب عنها ، فإن عثرنا عليها خمرأ ، أرقناها ، ولم يصر إلى هذا أحد من أئمة المذهب ، وإنما هو من ركوب أصحاب الخلاف . ثم كان يستد^(٤) هذا في حق من يأمر بالمعروف ، فمن يتخذ الخل في نفسه يعلم انقلاب العصير خمرأ ، ويفطن لدرك رائجتها ، وهو مقررٌ عليها ، فلا اعتداد بأمثال هذا .

وذكر الشيخ أبو علي في الفصل كلاماً أؤخره عن ترتيب المذهب ، ثم آتى عليه . والقدر الذي فيه اكتفاء أن هذه الخمرة غيرُ مراقبة على صاحبها ، وإذا استحالت خلأ بالإمساك ، فالخل طاهرٌ محترم . وكذلك تكون الخلول .

ولو استعجل صاحب الخمر وخلل ، نُظِر : فإن كان التخليلُ بإلقاء شيء من ملح أو غيره ، فظاهر المذهب منعُ هذا ، وإذا فعل ، فالخل على موجب المنع محرم ،

(١) في الأصل : الخمر .

(٢) في هامش (ت ٢) حاشية : « وأوضح هذا التعليل في البسيط بأنه لم يتقبل فعله بعين الخمر ، وبهذا لا يعد معالجة » .

(٣) في (ص) : بالخل ، (ت ٢) : بالتخليل .

(٤) في (ص) : يشتد . ومعنى يستد : يستقيم . وهذا اللفظ من مآثور الإمام ومفرداته التي يكثر من استعمالها .

ويشهد له حديث أبي طلحة ، فإنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خمور الأيتام ، وما كانت اتخذت إلا واتخاذها جائز ، ثم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تخليلها .

ومن أصحابنا من قال : يحل التخليل في الخمر المحترمة ؛ فإنها ليست مستحقة الإراقة ، وهذا القائل يجب عن حديث أبي طلحة ، ويقول : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بإراقتها ، والخمرة المحترمة لا تراق بالإجماع ، فلعن تلك الخمرة كانت اتخذت بعد التحريم ؛ فإن العصير ينقلب في يوم في حر الحجاز خمراً ، ولعل هذا كان والأمر على التشديد ، كما يدعيه أصحاب أبي حنيفة . وللنظر في هذا مجال على الجملة . ولا مبالاة إن جوزنا التخليل بما ذكره أبو يعقوب من فصل النجاسة . هذا إذا كان التخليل بإلقاء شيء في الخمرة المحترمة .

فأما إذا كان التخليل بالنقل من شمس إلى ظل ، أو من ظل إلى شمس ، فالمذهب جواز ذلك ، وإلحاقه بالإمساك .

وذهب طائفة من أئمة المذهب إلى تحريم ذلك ، وإلحاقه بالتخليل المحرم . وهذا رديء مخالف لما درج عليه الأولون فعلاً ، ولم يُبَدَّ عليهم نكير .

وكان شيخي أبو محمد يقول : إن طرح في العصير ملح ، وكان سبباً لتعجيل التخليل ، ففيه تردد بين الأصحاب ، وهو في معنى النقل . وهذا عندي بعيد ؛ فإن المعالجة لم تصادف خمراً .

وسمعت مرة يقول : تلك الأعيان لا حاجة إليها فتنجس بالخمر ، ثم لا يزول حكم النجاسة عنها ، بخلاف نجاسة الظروف . وهذا تردد على طريقة أبي يعقوب ، وهي في أصلها باطلة ، والتفريع عليها باطل ؛ فإننا لو التزمنا تمحيص العصير ، لنقيناها من العناقيد ، والشجير^(١) ، والتزمنا تصفيته جهدنا عن الأقداء ، وهذا أمرٌ طويل لا يستريب محصل في حَيْدِهِ عن سمت الشريعة .

(١) الشجير : نُفُلُ كل شيء يعصر ، كالغلب وغيره (معجم) .

نعم لو وقع شيء في الخمرة من غير قصد ، فقد رأيت فيه تردداً لبعض الأصحاب إذا منعنا التخليل .

٣٦٢٢- وقد نجز التفصيل في التخليل ، وحان أن نذكر ما وعدناه من كلام [للأصحاب] ^(١) خارج عن ضبط المذهب ، وذلك في صورتين : إحداهما - أن العناقيد إذا استحالت أجوافها إلى الشدة ، والحبات متصلة/ بالعساليج ^(٢) ، فقد ذكر القاضي ١٧٦ ي وطائفة من الأئمة وجهين في جواز بيعها ، وطردها لهذا الخلاف في بيع البيضة التي حال مُخْطُها ومأخُها دماً وهو إلى الانقلاب إلى تخليل الفرخ . ومن ذكر هذين الوجهين لم يخصهما بحال من يقصد اتخاذ الخل ، حتى يحمل على الحرمة . نصّ عليه القاضي ، ولم يفرض المسألة إلا فيمن يتخذ الخمر ، ثم روجع في نجاسة أجوافها ، فتوقف ، وهذا عظيم ؛ فإن متضمنها الخمر الشديدة . ولا يليق بقاعدتنا أن ننفي حكم النجاسة عما في بواطنها ، ثم نقول : لو اعتصرت ، صارت نجسةً ، والانفصال لا يتضمن تثبيت النجاسة .

وهذا يوافق مذهب أبي حنيفة ^(٣) ، إذ قال : الدماء في العروق في خلل اللحم ليست نجسة ؛ فإذا سفح وزايل ، اكتسب النجاسة ، وزعم أنه تمسك في هذا بظاهر قوله تعالى : ﴿ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ﴾ [الأنعام : ١٤٥] وهذا مخصوص بالدم ، فلا وجه لهذا إذن ، ولا خروج للخلاف في البيع إلا على أمرٍ وهو أن البيضة ظاهرها طاهرٌ ، والنجاسة مستترة بالقيض ^(٤) استتار خلقة ، والبيضة في نفسها صائرة إلى رتبة الفرخ ، فكان ابتياع البيضة وحشوها الدم كابتياع العصفورة وحشوها النجاسة ، فاعتمد البيع مقصود البيضة ، وطهارة الظاهر . والعنقود طاهرٌ وحشوه نجاسةً مستترةً ، وهي إلى الحموضة .

فإن قيل : قد فرضتموها في حال من يقصد الخمر ؟ قلنا : نعم ولكن العادة جارية بأن من يبغي الخمر يعتصر ، ولا يصب في الدنان إلا العصير ، فإن الثجير وعفوصته

(١) في النسخ الثلاث : « من كلام الأصحاب خارج » . ولعل لها وجهاً في اللغة لا أعرفه .

(٢) جمع عسلاج وعُسْلُوج . وهو ما لان واخضر من قضبان الشجر والكرم . (معجم) .

(٣) ر . أحكام القرآن للجصاص : ٣٠٣/٢ ، البحر الرائق : ٢٤١/١ .

(٤) القियض : القشرة العليا للبيضة .

تفسد شدة الخمر ، فإذا وجدنا العناقيد ، لم نعول على قصد المتخذ إذا كان ما وجدناه ماثلاً عن عادة من يقتني الخمر . وهذا القائل يقول : لا يجوز إتلاف العناقيد على أربابها ؛ إذ يستحيل الجمع بين جواز بيعها وبين جواز إفسادها . وليس كالمرتد يباع ؛ فإن قتله غير مستحق ، ولكنه مدعو قهراً إلى الإسلام ، بالتعنيف . والقتل المستحق قد يمنع صحة البيع في العبد الذي استوجب القتل في المحاربة . وقد ذكر بعض الأصحاب منع البيع في المرتد ، كما قدمته .

فهذا تلخيص القول في ذلك .

فإن قيل : أليس اختلف الأصحاب في جواز الصلاة مع البيضة المذرة ، فهلا فهِمْتُم من هذا الاختلاف التردد في نجاسة حشو البيضة ؟ قلنا : جواز الصلاة مأخوذ من الاستتار الخلفي المشبه باستتار النجاسة بالحيوان . وقد طرد بعض الأصحاب الخلاف في جواز الصلاة مع حمل قارورة مصممة حشوها نجاسة .
هذا بيان إحدى الصورتين .

٣٦٢٣- الصورة الأخرى في الخمرة المحترمة ، كما سبق وصفها - قطع الأصحاب بأنها ليست مالاً ، ولا تضمن إذا أُلْتُفَت ، وليس على متلفها إلا التويخ والتأديب ، على ما يراه صاحب الأمر . وذكر الشيخ أبو علي تردداً في بيعها ، وتردداً في طهارتها وهي خمرة مشتدة محرمة ، وهذا خرم المذهب ، ومصادمة القاعدة . وما ذكرناه من استحالة العصير خمرأ ، وارتفاع الرهن ، وعوده إذا صارت الخمر خلاً ، والفصل بين ما قبل القبض وبعده ، يخالف جواز بيع الخمر ، فلا وجه لهذا . وإنما التردد في مسألة العنقود . وفيها من الإشكال ما تقدم .

والوجه القطع بمنع بيعها أيضاً ، لنجاسة أجوافها ، وليست هي حيواناً ؛ فإن الحيوان لا اختصاصه بالحياة ممتاز عن النجاسات المجاورة له ، والبيضة والعنقود وإن ش ١٧٦ انتظمت ظواهرها وبواطنها خلقة ، فإذا بيعت بجملتها ، فلا / تمييز لبعضها عن البعض بالحياة والجمادية ، فالبيع فيها ممتنع ؛ وأيضاً فإن المقصود منها أجوافها وحشوها نجس ، والمقصود من الحيوان نفسه .
فهذا تمام ما يحضرنا في بيان ذلك .

فصلك

ولو قال : « رهنك عَصيراً ، فصار في يدك خمراً . . . إلى آخره » (١) .

٣٦٢٤- إذا اختلف الراهن والمرتهن في عيب ثابت ، فقال الراهن : حدث العيب في يدك ولا خيار لك . وقال المرتهن : حدث العيب في يدك أيها الراهن ، وقد اطلعتُ عليه الآن ، فأرده وأفسخ البيع الذي شرطتُ هذا الرهنَ فيه ، فالقول قول الراهن ؛ قياساً على اختلاف البائع والمشتري في قدم العيب وحدثه ؛ فإذا كنا نجعل القول قول البائع استدامةً للعقد ، فلنجعل هاهنا القول قول الراهن استدامةً للرهن والبيع الذي الرهنُ شرطٌ فيه . وهذا واضح .

ولو كان رهن عَصيراً ، فرأيناه خمراً في يد المرتهن ، وقد اختلف الراهن والمرتهن ، فقال الراهن : أقبضتك العَصير ، فانقلب خمراً في يدك . وأنا قد وفيت بالشرط ، ووفيتك المشروط . وقال المرتهن : أقبضتني الخمر وكانت الاستحالة إلى الشدة في يدك ، فالقول قول من ؟ هذا يبتني على ما مهدناه من أن الإقباض على الشدة فاسد .

وقد اختلف الأصحاب في أن العَصير إذا استحال خمراً في يد الراهن ؛ هل يفسخ الرهن ؟ وقد مضى ذلك الآن . فالراهن يدّعي استقرار الرهن ، والمرتهن يأبى ذلك . ففي المسألة قولان : أحدهما - القول قول الراهن ؛ لأنه ادّعى إقباضه عَصيراً ، والأصل بقاءه على صفة الحلاوة . والقول الثاني - أن القول قول المرتهن ؛ فإن الراهن يدّعي عليه أنه قبض قبضاً صحيحاً ، وهو منكر للقبض ، والأصل عدمه ، ولا حكم للقبض الذي اعترف به ؛ فإنه فاسد ليس قبضاً شرعياً ، فكأن لا قبض . وقيل : القولان يقربان من اختلاف الأصحاب في حد المدعي والمدعى عليه ، كما سيأتي في الدعاوى .

ومن أصحابنا من قال : المدعي مَنْ يدعي أمراً خفياً ، والمدعى عليه من يذكر أمراً

جلياً . ومنهم من قال : المدعي من لو سكت ترك والسكوت ، والمدعي عليه من لا يترك وسكوته . ووجه التخريج أن المرتهن لو سكت ترك ، فهو المدعي إذاً ، والقول قول الراهن ؛ فإنه لو سكت لم يترك .

وإن قلنا : المدعي من يدعي أمراً خفياً ، فالمدعي هو الراهن إذاً على هذا ؛ فإنه يدعي القبض المبرم ، والأصل عدمه . والمرتهن يدعي عدم القبض وهو الأصل .

ولو قال المرتهن : كنت شرطت الرهن ، وقد رهنتني خمرأ إذ رهنتني . وقال الراهن : بل رهنتك عصيراً . وهذه المسألة مفروضة فيه إذا شرطاً رهناً معيناً ، وفرض الوفاء به ، ثم قال المرتهن : العين التي شرطنا رهنها كانت خمرأ . وقال الراهن : بل كانت عصيراً ، فهذا يبتني على أن شرط الرهن الفاسد هل يُفسد البيع ؟ وفيه قولان سيأتي ذكرهما .

فإن قلنا : إنه لا يوجب فساد البيع ، فالتنازع في الوفاء بالشرط ، وعدم الوفاء به يخرج على القولين ، والاختلاف في حالة القبض . وهذا بين .

وإن قلنا : شرط الرهن الفاسد يفسد البيع ، فالذي قاله نزاع في فساد البيع وصحته ، وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فيه إذا اختلف المتعاقدان في شرط مفسد ، فادعاه أحدهما ونفاه الثاني . وقد استقصينا القول فيه في باب اختلاف المتبايعين .

فَرَجَّحَ : ٣٦٢٥- سئل عنه القاضي فقيـل : إن^(١) اشترى لبناً في قمقمة ، فصبه البائع في قمقمة للمشتري ، فعَلَّته فأرةً ، فاختلفا ، فقال المشتري : بعطني اللبن طاهراً^(٢) فوقعت/ فيه فأرة . وقال البائع ، لا بل كانت الفأرة في قمقمك .

فكان من جوابه أن قال : هذا يخرج على القولين في إقباض الخمر والعصير ؛ فإن المشتري يقول : أقبضتني نجساً ، والبائع يقول : بل أقبضتك طاهراً ، وحصلت النجاسة في يدك من قمقمك .

ولو قال البائع : كانت هذه الفأرة في قمقمك . وقال المشتري : بل كان اللبن

(١) في (ت ٢) ، (ص) : « فقال : من » .

(٢) طاهراً : أي على شرط الطهارة .

حالة العقد نجساً لكون الفأرة فيه . فهذا نزاع في أن العقد عقد على الفساد أم لا ؟ وهو مناظر اختلاف المتبايعين في فساد العقد ، كما ذكرناه .

هذا جوابه . وتفصيله :

فإن قيل : إذا قال المشتري في الصورة الأولى : تنجس اللبن في يدك ، فهو ادعاء انفساخ البيع . قلنا : نعم هو كذلك ، والعصير إذا استحال خمراً ، فهل نحكم بانفساخ الرهن .

فإن قيل : إذا كانت النجاسة في ظرف المشتري ، فاللبن ينجس بملاقاة النجاسة ، فليس ما ادعاه البائع إقباضاً على الصحة . قلنا : ليس كذلك ؛ فإن اللبن إذا حصل في فضاء الظرف ، ثبت له حكم القبض جزءاً جزءاً ، قبل أن يلقى النجاسة . هذا بيان قوله .

فلينظر الناظر في ذلك .

فَضْلُكَ

قال : « ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير ؛ لأن هذا ليس بتفرقة ... إلى آخره »^(١) .

٣٦٢٦- التفرقة في البيع بين الأم وولدها الصغير حرام ؛ قال النبي عليه السلام : « لا تُؤْلَهُ والدَةُ بولدها »^(٢) . ثم إن بيعت الجارية دون الولد ، أو بيع الولد دون الجارية ، وارتكب المتعاقدان محظور التفرقة ، ففي صحة البيع قولان ، سيأتي ذكرهما في كتاب السير ، إن شاء الله تعالى ، وفيه نذكر حد الصغير المؤثر ، والتفريق

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ .

(٢) حديث : لا توله : أخرجه البيهقي في السنن : ٥/ ٨ من حديث أبي بكر بسند ضعيف ، وأبو عبيد في غريب الحديث : ٦٥/ ٣ . والتولية أن تفارق الأم ولدها . من ولَّه الوالدَة فزق بينها وبين ولدها .

وقد صح في معنى هذا الحديث أحاديث أخرى (ر . التلخيص : ٣/ ٣٦ ، ٣٧

ح ١١٧٠-١١٧٣) .

المؤثر بين الوالد والولد ، ثم بين جميع المجارم .

وقدّر غرضنا الآن أن صحة البيع الواقع على حكم التفرقة فيها قولان : أحدهما - وهو الجديد أن البيع باطل . والثاني - وهو القديم أن البيع صحيح .
قال الشافعي : لو رهن الأمّ دون ولدها أو على العكس ، فالرهن صحيح ؛ لأن ذلك ليس بتفرقة بينهما .

واختلف أصحابنا في معنى هذا اللفظ ، فمنهم من قال : معناه أن الرهن لا يوجب التفرقة ؛ فإن منافع الأمّ للراهن ، فيجمع بين الأمّ ولدها ، ويكلفها احتضانه وإرضاعه . ومنهم من قال : معنى قوله : إن ذلك ليس بتفرقة أن البيع منتظرٌ ، [فإذا مست الحاجة إليه ، لم يفرق بين الأمّ والولد ، فإذا ثبت صحة الرهن]^(١) فإذا مست الحاجة إلى البيع بأن حلّ الدين ، فهل يجوز إفراد الأمّ بالبيع - والتفريع على أن التفريق مفسد للعقد ؟ على هذا القول وجهان : أحدهما - أن البيع يبطل إذا تضمن التفريق ؛ طرداً للقياس . والثاني - لا يبطل ؛ لأن هذا بيع قهري ، ولا يمتنع التفريق قهراً لأمر شرعي ، وهذا كما لو كان للجارية ولد صغير حر ، فبيع الأمّ جائز ، والحرية فرقت بين الأمّ والولد . كذلك اختصاص الرهن بالجارية يوجب تخصيصه بالبيع .

التفريع : ٣٦٢٧- إن قلنا : تباع الجارية والولد عند محل الدين ، وهو الذي نص عليه الشافعي ، فلا حظ للمرتهن في الولد ، وقد جرى البيع في الأمّ والولد ، فإذا أردنا توزيع الثمن على الجارية والولد ، فما وجه التوزيع ؟
هذه المسألة تقتضي تقديم أخرى عليها ، وهي بين أيدينا ، ولكننا لا نجد بُدّاً من ذكرها الآن في غرض لنا .

فنقول : من رهن أرضاً بيضاء ، وكان فيها نوى ، فقبض المرتهن الرهن ، ثم أنبت النوى أشجاراً ، فلا سبيل إلى قلعها ، ولكن إذا حل الحق وبعنا الأرض والغراس ، فكيف يقبض الثمن المأخوذ على الأرض والغراس ؟ اختلف أئمتنا في ذلك ، فقال بعضهم : تقوّم الأرض ببيضاء فإذا قيمتها مائة ، ثم نقومها مع الغراس ،

(١) ما بين المعقّفين ساقط من الأصل .

فإذا قيمتها مع الغراس مائة وعشرون ، فقد زاد/ تقدير الضم على تقدير الانفراد في ١٧٧ ش الأرض البيضاء بعشرين درهماً ، والعشرون من المائة والعشرين سدسها ، فنحفظ هذه النسبة ، فإذا هي نسبة الأسداس ، فإذا بعنا الأرض والغراس وزّعنا الثمن على النسبة التي معنا ، فصرفنا خمسة أسداسه إلى المرتهن ، وصرفنا سدسه إلى الغرماء الباقين . هذا وجه .

والوجه الثاني - أنا نقوم الأرض ببيضاء ، فإذا قيمتها مائة ، ونقوم الغراس في الأرض مفردة ، فإذا قيمتها خمسون ، فنضبط النسبة بأثلاث ، فنوزع الثمن عليها ، فنصرف ثلثي الثمن إلى المرتهن ، وثلثه إلى الغرماء . فهذا بيان الاختلاف في مسألة الأرض والغراس .

٣٦٢٨- عدنا الآن إلى الجارية وولدها وقد بيعا . وقد يحسن فرض هذه المسألة إذا كانت الأم مفردة وليست ذات ولد ، أو بيعت دون ولدها ، وكان ثمنها أكثر لانفرادها ، وإذا بيعت مشغلة بحضانة الولد ، فقيمتها أقل ، وعند ذلك يظهر التردد والاختلاف ، وقد اختلف أصحابنا في كيفية التوزيع ، فقال بعضهم : التوزيع على الأم والولد كالتوزيع على الأرض والغراس ، وفيه وجهان نعيدهما : أحدهما - أنا نقوم الأم وحدها فإذا قيمتها مائة . ونقومها مع الولد ، فإذا قيمتها عند الضم مائة وعشرون . فقد زاد سدس ، فليقع التوزيع على الأسداس . هذا وجه .

والوجه الثاني - أنا نقوم الأم وحدها ، فإذا قيمتها مائة ، ونقوم الولد وحده مضموماً إلى الأم ، فإذا قيمته وحده مع الأم خمسون ، فيظهر لنا نسبة الأثلاث . فليقع التوزيع كذلك . وهذا بعينه ما ذكرناه في الأرض والغراس في الوجهين . هذه طريقة . وهي اختيار الشيخ أبي علي ، والقاضي .

وذكر صاحب التقريب هذه الطريقة ، وذكر معها طريقة أخرى واختارها ، فقال : ينبغي أن تقوم الأم مع الولد وهي حاضنة ، ويقوم الولد مع الأم ، ولا يفرد واحد منهما بالتقويم على تقدير الانفراد ، بخلاف مسألة الغراس ، والفرق أن الجارية رهنّت وهي ذات ولد ، فاستحق المرتهن بيعها على نعت الضم ، وليس الأرض كذلك ؛ فإنها رهنّت إذ رهنّت ولا غرس ، ثم حدث الغراس من بعد ، كما سنصوره على

الاستقصاء ، إن شاء الله تعالى . ونحن قدرنا الأرض بيضاء في الوجهين جميعاً ، ورددنا الاختلاف إلى كيفية اعتبار قيمة الغراس ، وهاهنا لا تعتبر قيمة الجارية وحدها لما نبهنا عليه . فليتأمل الناظر ؛ فإنه حسن .

قال صاحب التقریب : نظير مسألة الغراس من الجارية ما لو رهنه ، ولم تك ذات ولد ، ثم علقت بمولود رقيق ، وولدت فيطبق هذا على صورة الغراس ؛ من حيث انعقد الرهن وتم والأم على نعت التفرد ، كالأرض البيضاء ، فلا جرم [يجري]^(١) في التوزيع عند بيعها الخلاف الذي ذكرناه في الأرض والغراس .

٣٦٢٩- ومن تمام البيان في هذا الفصل : أن ما ذكرناه من المطابقة في التوزيع إنما يحسن وقعه وأثره إذا حُجر على الراهن ، أو مات والديون محيطاً مستغرقة ، واختلفت الأغراض في التوزيع ، فالكلام على ما ذكرناه .

ي ١٧٨ فأما/ إذا لم يفسل الراهن ، ولم يضق ماله ، وبعنا الجارية والولد ، فعلى الراهن توفير الدين كمالاً^(٢) ، ولا يكاد يظهر فائدة المسألة . هكذا قال الشيخ أبو علي .

وهذا فيه فضل نظر يُبينه كلامٌ : وهو أن المرهون إذا بيع في دين المرتهن ، فلو أراد الراهن أن يصرف طائفة من ماله إلى دين المرتهن سوى الثمن المحصل من بيع الرهن فهل يسوغ ذلك أو لا ؟ والوجه القطع بجوازه ، كما لو أدى الدين ، وفك به الرهن ، فتعلّق حقه بثلث البيع ، كتعلّق حقه بالمرهون قبل أن يبيع .

ولو أراد أن يتصرف في ثمن الرهن قبل أن يؤدي حق المرتهن . لم يكن له ذلك . وإذا أراد أن يتصرف فيما يقابل الولد المضموم ، فله ذلك ، وثمّ القدر الذي يقابل به الولد فيه الاختلاف المقدم .

ولاح بهذا أن أثر الخلاف قائم في حق المطلق قيامه في حق المحجور . والغرض أن نبين أن متعلّق الرهن [والوثيقة]^(٣) من الثمن المحصل من الجارية والولد كم ؟ فإذا

(١) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

(٢) كمالاً : كاملاً .

(٣) في الأصل كلمة بهذا الرسم (السعة) وبدون نقط . ولم أدر لها معنى إن كان . والمثبت من

(ت ٢) ، (ص) .

بانت الكمية ، ظهر أمرها عند الحجر في الفض^(١) على الغرماء ، وعلى المرتهن .
ويظهر أثرها حيث لا حجر في تصرف الراهن فيما يزيد على مقدار الرهن .

فصل في

قال : « ولو ارتهن نخلاً مثمرًا ، فالثمر خارج من الرهن . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٦٣٠- إذا رهن نخيلاً عليها الثمار ، واقتصر على تسمية النخيل ، ولم يسم الثمار نافعاً ولا مُثبِتاً ، نظر : فإن كانت الثمار مؤبّرة ، فلا شك أنها لا تدخل في مطلق تسمية النخل ؛ فإنها لا تدخل في تسميتها في عقد البيع على قوّته ، فلأن لا تدخل في حكم الرهن تحت الأشجار أولى ، وإن كانت النخيل مُطلّعةً ، ولكن لم تكن مؤبّرة ، فقد ذكرنا في كتاب البيع أنها تدخل تحت تسمية النخيل في البيع المطلق ، وهل تدخل في حكم الرهن تحت تسمية النخيل ؟ ظاهر المذهب أنها لا تدخل .

والرهن في ذلك يخالف البيع ، والفارق أن البيع يزيل الملك في الأصل ، فلا يبعد أن يقوى على الاستتباع . والرهن لا يقطع ملك المالك عن الأصل ، ولا يرفع سلطانه ، وكأنه موعّد في دوام الملك أوجب الشرع الوفاء به ، فاخص وجوب الوفاء بمورده المسمّى ، ولذلك لا يتعدى الرهن إلى الزوائد التي ستحدث في مستقبل الزمان ، والملك في البيع يُثبت للمشتري حق الملك فيما يتجدد .

وخرّج طوائف من الأئمة قولاً آخر في الرهن ، وهو أن الثمار تتبع تسمية النخيل إذا لم تكن بارزة^(٣) ، قياساً على البيع ، وذلك لأننا لم نُثبِع الثمار النخيل في البيع لقوة البيع ، ولكننا رأينا الثمار الكامنة جزءاً متصلاً كامناً ، واعتقدنا اللفظ شاملاً . وهذا يستوي فيه القوي والضعيف .

وهذا القول منقاسٌ ، وهو مأخوذ من أصلٍ مع القول الأول ، وهو أن من باع

(١) الفض : التوزيع والتقسيم .

(٢) ر . المختصر : ٢١٤/٢ .

(٣) في (ص) : مؤبّرة .

حاملاً ، ثبت الحمل مستحقاً للمشتري ، والتردد في أنه هل يقابله قسط من الثمن أم لا .

ولو رهن جارية حاملاً ، ففي تعلق حق الوثيقة بالحمل الموجود حالة الرهن قولان . والرأي ترتيب الثمار غير المؤبرة على الحمل ، فإن قضينا بأن الرهن لا يتعلق بالحمل ، فلا ن لا يتعلق بالثمار أولى ، وإن قلنا : يتعلق الرهن بالحمل ، ففي تعلقه بالثمار قولان . والفرق أن الحمل لا يقبل التصرف على الانفراد ، [فكان حرياً بالتبعية والثمار تقبل التصرف على الانفراد]^(١) .

٣٦٣١- ومسائل الحمل ستأتي إن شاء الله تعالى .

ولكننا نعجل منها شيئاً ، فنقول : إن قلنا : رهن الجارية الحامل لا يتناول الحمل ، فلو قال : رهنتها مع حملها ، ففي هذا تردد للأصحاب ، والظاهر أن رهن الجارية لا يتعلق بالحمل ؛ فإنه إذا لم يمتنع ، فتقدير الانفراد فيه بالذكر لا وجه له ؛ إذ لو ساغ ذلك ، لجاز إفراده بالرهن دون الأم .

ش ١٧٨ وهذا/ الرمز الآن كافٍ . وسنعود إليه عند ذكرنا مسائل الحمل ، إن شاء الله تعالى .

فصل في

قال الشافعي بعد تقرير المذهب في أن الرهن أمانة : « وإذا رهنه ما يفسد من يومه . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٦٣٢- أما القول في أن الرهن أمانة ، فسيأتي في باب معقود ، إن شاء الله تعالى .

ونحن نذكر الآن تفصيل المذهب في رهن ما يتسارع إليه الفساد ، فنقول : إذا رهن الفواكه الرطبة وغيرها مما يتسارع إليه الفساد ، نظر : فإن رهنها بدين حال ، صح ، ثم إن أدى الدين من موضع آخر ، فذاك . وإن اتفق بيعها في الدين ، وصرف ثمنها إليه ،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ٢ / ٢١٤ .

فهو المراد . وإن لم يتفق الصرف إلى الدين ، وأشرف المرهون على الهلاك ، فلا خلاف أنه يباع ، ويوضع الثمن رهنًا مكانه ؛ إذ لا طريق إلى استيفاء الحق إلا هذا الطريق ، والرهن يتضمن توثيقاً ، فإذا أشرف محلّ الوثيقة على الهلاك ، ولو هلك ، لضاعت الوثيقة ، فالوجه في ببقية الوثيقة البيعُ ووضع الثمن رهنًا مكان المبيع .

٣٦٣٣- وإن رهن ما يتسارع إليه الفساد بدين مؤجل ، نظر : فإن عرفنا أن حلول الأجل يتقدم على فساد المرهون ، صح الرهن ، وكان كما لو رهن بدين حال ، وانتظم الترتيب على ما ذكرناه . وإن عرفنا أن الفساد يسبق حلول الأجل ، فتنقسم المسألة أقساماً :

منها أن يرهن ويشترط البيع عند الإشراف على الفساد ، فإن كان كذلك ، صح الرهن ، ولزم الوفاء بالشرط إذا مست الحاجة إليه ، فإذا أشرف على الفساد ، بيع ووضع الثمن رهنًا .

ومن الأقسام أن يرهن ويُقرن^(١) [الرهن]^(٢) بشرط أن لا يباع عند ظهور الفساد ، فإن كان كذلك ، فالرهن فاسد ؛ فإن شرط ببقيته يتضمن فساده ، وهو مناقض للتوثق ، فجرى الشرط مخالفاً لوضع الرهن .

ومن أقسام المسألة أن يطلق الرهن من غير تعرض لشرط البيع أو نقيضه ، فإذا كان كذلك ، ففي المسألة قولان منصوبان : أحدهما - أن الرهن صحيح ، ومطلقه محمول على البيع عند الحاجة ووضع الثمن رهنًا . والقول الثاني - أن الرهن فاسدٌ ، ومطلقه محمول على ببقية الرهن ، وإن كان يفسد ، فهو كما لو قيّد بأن لا يباع .

فإن قيل : أليس لو رهن ما يتسارع إليه الفساد بدين حال ، كان صحيحاً قولاً واحداً . وإذا مست الحاجة إلى بيعه ووضع ثمنه رهنًا ، بيع ، ولم يختلف في ذلك ، والرهن مطلق في الموضعين ، فما الفاصل ؟ قلنا : إذا كان الدين مؤجلاً ، فحكم الرهن التبقية في حال سقوط المطالبة بالدين .

(١) في (ص) كلمة غير مقروءة ، رسمها هكذا (بعرفى) وفي (ت ٢) : (يقرب) .

(٢) زيادة من المحقق ، رعاية لوضوح العبارة .

هذا حكم الإطلاق في الرهن بالدين المؤجل . فكان تردد القول لذلك . وإذا كان الدين حالاً فالطَّلِبَةُ حاقَّةٌ ، لا تأخير فيها يُشعر بتبقيّة الرهن إلى ثبوت الطَّلِبَةِ .

ولو كان المرهون بالإضافة إلى الأجل بحيث لا يقطع بفساده قبل الحلول ، وكان لا يقطع ببقائه أيضاً ، وتردد الاحتمال ، ففي جواز الرهن المطلق من غير تقييد بالبيع عند الإشفاء على الهلاك قولان ، مرتبان على القولين فيه إذا كان يهلك المرهون قبل الأجل لا محالة . وهذه الصورة أولى بالصحة من الأولى . ووجه الفرق بين .

١٧٩ ي وقد كنا بنينا رهن المعلق عتقه بصفة توجد قبل حلول الأجل على رهن/ ما يتسارع إليه الفساد قبل حلول الأجل ، وخرّجنا صحة الرهن على قولين . قال صاحب التقریب : إذا فرعنا على قول صحة الرهن ، فقربت الصفة ، وكاد العتق أن يقع ، بعناه بَيِّنَا الطعَامَ المشرفَ على الفساد . وإذا كان الأصل كالأصل ، فالتفصيل كالتفصيل .

وإذا رهن ما لا يتسارع إليه الفساد ، فطراً بعد لزوم الرهن سبب يقربه من الهلاك قبل حلول الأجل ، فطريان ذلك لا يوجب انفساخ الرهن وفاقاً .

وإن منعنا رهن ما هذه صفته ابتداءً على أحد القولين ، وتسرع^(١) الفساد طارئاً ومقارناً - على منع الرهن ابتداء - يضاهاي إباق العبد ، فإذا اقترن ، منع ، وإذا طراً ، لم يتضمن انفساخ العقد .

قَرَجُ : ٣٦٣٤- إذا صح الرهن ، ولزم في عين ثابتة لا يخشى فسادها ، فقال الراهن : نقلتُ حَقَّك في الوثيقة من هذه الرقبة إلى هذا العبد ، فقال المرتهن : رضيت . ذكر أصحابنا في ذلك وجهين :

أحدهما - أن هذا يلغو ، والوثيقة لا تنتقل ، ورضا المرتهن لا يتضمن فسح الرهن .

والوجه الثاني - أنها تنتقل وتقر في العبد الثاني ، وما جرى بينهما يتضمن فسحاً للرهن الأول ، وإعادة له في المحل الثاني .

(١) كذا في النسخ الثلاث : « وتسرع » بالواو ، وعليه يكون جواب الشرط « وإن منعنا » قوله : « فإذا اقترن . . . » .

وأخذ العلماء هذا الخلاف من رهن ما يفسد قبل الأجل . ووجه الأخذ منه أنَّ الرهن فيما يفسد تضمن نقل الوثيقة إلى عوض المرهون بتقدير البيع . فقالوا : إذا كنا نجوز ذلك ، فما يمنع من نقل الحق اختياراً من محل إلى محل وهذا غير سديد ؛ فإن بيع ما يفسد مستحق شرعاً وإقامة الأثمان والقيم مقام الأصول قاعدة ممهدة في الشرع ، فأما نقل حق مستقر من محل إلى محل ، فليس له أصل من غير حاجة ، ولا ضرورة ، وليس النقل والرضا مشعراً بالفسخ والإعادة على التحقيق ، وليس كما لو قال لمالك عبد : أعتق عبدك عني ؛ فإن هذا من ضرورته تقديم نقل الملك ، فكان ضمناً لاستدعاء العتق . وأما نقل الوثيقة ، فمبنيٌّ على اعتقاد إبقاء الرهن الأول ، مع نقل موجهه ، وعلى هذا يخرج^(١) انتقال الوثيقة من المثلث إلى الثمن ، فالوجه إفساد الرهن من عين إلى عين .

قَرِيعٌ : ٣٦٣٥- إذا رهن ما لا يفسد ، ثم طرأ عليه ما يقربه من الفساد قبل القبض ، وقلنا : لا يصح رهن ما هذا وصفه ، ففي انفساخ الرهن وجهان مبنيان على الوجهين في نظائر هذا ، كطريان الجنون والموت ، وطريان جناية المرهون . والتفريع على منع رهنه .

ولو قُتل العبد المرهون قبل القبض ، ففي تعلق حق الوثيقة بقيمته الواجبة على المتلف الوجهان المذكوران ؛ فإن القيمة تقع ديناً ، والديون لا ترهن ، ولكن إن جرى ذلك بعد تأكد الرهن بالقبض احتُمل على ارتقاب أن تستوفي القيمة وتعيّن .

ثم من يقول من أئمتنا إذا استحال العصير خمراً ، زال الرهن ثم يعود إذا تجددت الحموضة ، ما أراه يطلق القول بأن الرهن يزول بانقلاب المالية في عين الرهن ديناً ؛ فإن حقيقة المالية باقية . والقول في هذا محال . هذا إذا كان بعد القبض .

فأما إذا جرى الإتلاف قبل القبض ، ففي انفساخ الرهن ما ذكرناه .

ولو صادف الرهن عيناً ثابتة ، فعرض لها بعد القبض عارضٌ يدينها من الفساد ، فقد

(١) في (ص) ، (ت ٢) : يجري .

تمهد أن الرهن لا ينفسخ ، وقطع الأئمة بأنه يستحق بيعه ووضع ثمنه رهناً . وكان شيخنا يقول : إذا كان إتلاف المرهون يتضمن نقل حق المرتهن إلى القيمة ، فيتبين أن حقه المستحق غير منحصر في العين ، فعلى / هذا يكون [الإشفاء]^(١) على الهلاك بمثابة إتلاف المرهون من ضامن .

فَضْلُكَ

قال : « ولو رهنه أرضاً بلا نخل ، فأخرجت نخلاً . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٦٣٦- إذا كان الراهن دفين أعداداً من النوى ، ورهن الأرض البيضاء قبل أن تنبت النوى فنبتت ، فليس للمرتهن القلع ؛ فإن الرهن ورد على الأرض وفيها النوى . ولكن إن كان عالماً بذلك ، فليس له فسخ البيع الذي الرهن شرط فيه . وإن كان جاهلاً ، ثم تبين ، فله فسخ البيع الذي الرهن شرط فيه ، من قبل أنه حسب أن الساحة البيضاء [تسلم]^(٣) لحق وثيقته ، فإذا بان أنها مشغولة ، فذلك نقص ، فيترتب عليه ثبوت الفسخ في البيع . وسيأتي أصل ذلك بعد هذا ، إن شاء الله تعالى .

٣٦٣٧- ولو غشّى السيل الأرض المرهونة ، وكان في جميعها نوى ؛ فنبتت ، فلو قال المرتهن : أقلعه ؛ فإنه لم يكن ، وإنما حدث بعد لزوم الرهن ، لم يكن له القلع قبل حلول الدين ؛ إذ لا ضرر عليه في الحال ، ولا حاجة إلى بيع الساحة . وإذا حل الحق ، نُظر : فإن كان في قيمة العرصة لو بيعت مع النخيل وفاءً بالدين^(٤) ، بيعت العرصة ، ولم يقلع النخيل ، وإن لم يكن فيها وفاء ، ولو قلعت دون النخيل ، وفدت بالدين ، ولم يؤد الراهن الدين من جهة أخرى ، فيقلع الغراس لحق المرتهن ، وإن

(١) في الأصل : الانتفاع .

(٢) ر . المختصر : ٢١٤ / ٢ .

(٣) في الأصل ، (ت ٢) : « سلم » والمثبت من (ص) .

(٤) في النسخ الثلاث اضطراب في هذه العبارة ، بتقديم وتأخير بعض الكلمات . صوابها ما أثبتناه .

كان القلع مضرّاً بالراهن ؛ من قبل نقصان الغراس بالقلع ، فالسبب فيه أن الراهن التزم الوفاء بحق الوثيقة في الأرض البيضاء ، فلزمه أن يفي بما التزمه .

هكذا إذا لم يكن على الراهن دين يوجب اطراد الحجر عليه ، فأما إذا ركبته الديون ، واطرد عليه الحجر ، والمسألة حيث انتهت ، فلا سبيل إلى قلع الأشجار رعايةً لحق الغرماء .

فإن قيل : حق المرتهن سابق وفي بقية الغراس تنقيصُ حقه السابق . قلنا : نعم ولكن [حق^(١)] الغرماء صادفَ الأشجار ، وتعلق بها ، وليس للمرتهن إلا وثيقة ، فلا ينبغي أن يُحبط حقوق الغرماء والمالك بالكلية .

والذي يقتضيه الإنصاف بيعُ الأرض مع الغراس ، ثم في كيفية التوزيع على الأرض والغراس خلافٌ بين الأصحاب ، ذكرناه في مسألة بيع الجارية وولدها .

٣٦٣٨- قال الأئمة : إذا رهن الرجل أرضاً بيضاء ، وأقبضها ، ثم أراد أن يغرسيها ابتداء ، فهل يمنع من ذلك والدين مؤجل ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا يمنع ، كما لا يقلع ما نبت من حميل السيل . والثاني - يمنع ؛ فإن هذا إثبات تنقيصٍ في الحال على سبيل الاختيار . ثم إن لم نمعه ، فالكلام في القلع عند حلول الدين كما تفصّل . وإن كنّا نمعه من الغراس ، فلو غرس ، ونبت فهل يقلع عليه قبل حلول الأجل ؟ فيه اختلاف ، توجيهه قريب من توجيه الوجهين في أصل المنع . فإن قلنا : إنه مقلوع ، فلا شك أنه يقلع عند المحل إذا لم يكن على الراهن حجر . وهل يقلع إذا كانت عليه ديون واطرد الحجر ؟ فعلى وجهين . ولا يخفى الفرق بين هذا وبين ما لو نبتت النخلات من نوى في حميل السيل ؛ فإن ذلك جرى ولا منع يقترب به ، بخلاف ما فرعناه في ابتداء الغرس قصداً من الراهن .

(١) ساقطة من الأصل .

فَضْلُكَ

قال : « ولو رهنه أرضاً ، ثم اختلفا ، فقال : أحدثت فيها نخلاً . . . إلى آخره »^(١) .

٣٦٣٩- إذا صادفنا أرضاً مرهونة ، وفيها نخيل ، فقال المرتهن للراهن : رهنتني الأرض والنخيل القائمة فيها يوم رهنتني . وقال الراهن : بل رهنتك الأرض بيضاء ، وأحدثت هذه النخيل بعد الرهن ، ولم تكن موجودة حالة الرهن . فإن كانت المشاهدة تكذب المرتهن ؛ بأن تقدّم تاريخ الرهن وامتد سنين ، والنخيل بعد فسيل لا يخفى أنها نبات سنة ، فالمرتهن مكذّب ، ولا حاجة إلى اليمين .

وإن كانت المشاهدة تكذب الراهن بأن كان النخيل باسقة ، وتاريخ الرهن قريب ، ي ١٨٠ فالمشاهدة كذبت الراهن في دعواه/ عدم النخيل عند الرهن . ولكن لا تنفصل معه الخصومة بهذا ؛ إذ لم يثبت إلا وجود النخيل حالة الرهن ، ولا يمتنع أن تكون موجودة ، ولا تكون مرهونة ، فتتوجه الدعوى عليه بالرهن ، فإن أصر على قوله الأول ، لم يقبل منه ، والمشاهدة تكذبه ، ويجعل منكراً ، وتعرض عليه اليمين ، فإن تمادى في محاله^(٢) الأول ، جعل ناكلاً ، وفصلت الخصومة بطريقها . وإن اعترف بالوجود آخراً ، وأراد أن ينكر الرهن ، قبل منه الإنكار ، وكذّبه الأولى لا تسدّ عليه إنكار الدعوى ، ثم تُدارُ الخصومة على نظمها .

وإن كانت النخيل بحيث يحتمل أنها كانت يوم الرهن ، ويحتمل أنها حدثت بعده بأيام ، فالقول قول الراهن في نفي الرهن .

ولو اقتصر على نفي وجود النخيل وكان انتفاؤها ممكناً ، فلا يظهر أنه يُكتفى منه بإنكار الوجود ؛ فإن في إنكار الوجود إنكار الرهن المدعى . والمسألة مفروضة فيه إذا

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ . وفي المختصر : « ولو رهنه أرضاً ونخلاً . . . » .

(٢) أي إصراره على المحال الذي ادعاه وكذّبه المشاهدة .

قال المرتهن : كانت موجودة ، فرهنتها مع الأرض . ولهذا نظائر فيها ترددٌ للأصحاب . ستأتي في كتاب الدعاوى .

ولو قال المرتهن : رهنتني هذه الأشجار ، ولم يتعرض لوقت رهنها ، ولم يذكر اقترانها ولا تأخرها ، فلا ينفع ، والدعوى على هذه الصيغة تعرض الراهن لتقدم وجود النخيل وتأخرها ؛ فإنه لا يمتنع رهنها ، وإن تأخرت . والمرتهن إنما يدعي الرهن المطلق ، وهذا بين إذا لم يكن الرهن مشروطاً في بيع .

فأما إذا كان الرهن مشروطاً في بيع وصيغة الدعوى كما تقدمت ، قال المرتهن : رهنتها مع الأرض يوم رهنتني الأرض . وقال الراهن : لم تكن النخيل موجودة يوم رهن الأرض ، وكانت المشاهدة لا تكذبه ، وقد ربطا قوليهما ببيع ، فقال المرتهن : شرطت رهن الأرض والنخيل . فإذا قال الراهن : لم تكن النخيل ، فقد ذهب المحققون إلى أن هذا الاختلاف ليس مما يوجب التحالف في البيع ؛ فإن حاصله راجع إلى التنازع في وجود النخيل وعدمها . والتحالف إنما يترتب على تنازع في صفة عقد ، يتصور التصادق عليها .

وهذا حسن دقيق .

والظاهر عندي أنهما يتحالفان ؛ فإن المرتهن ادعى شرط رهن ممكن ، وأنكر الراهن الشرط ، وعلمه بعله ، فالتنازع في صفة العقد قائم ، فليجر التحالف .

وإن اتفقا على وجود النخيل ، وقال المرتهن : شرطنا في البيع رهن الأرض والنخيل ، وقال الراهن : لم نشترط إلا رهن الأرض ، ولم يتعرضا لنفي وجود النخيل ، بل توافقا عليه ، فهذا اختلافٌ في صفة العقد لا محالة ، فيتحالفان ويتفاسخان العقد .

ولو قال المرتهن : لم تحالف ، وأنا معترف بأنك وقيت بالرهن المشروط في النخيل ، فاختلافنا في الرهن ؟ قيل له : هذا أمر تبنيه أنت^(١) فرعاً على أصل ، والراهن منكراً لأصل الشرط ، فلا بُدَّ من التحالف .

(١) ساقطة من (ت ٢) .

فَضْلُكَ

قال : « ولو شرط للمرتهن إذا حل الحق ، أن يبيعه ، لم يجز أن يبيع بنفسه ، إلا بأن يحضره ربُّ الرهن . . . إلى آخره »^(١) .

٣٦٤٠- إذا حلَّ الحق ، فقال الراهن للمرتهن : بع لي واستوفِ ثمنه لي ، ثم استوفه لنفسك . فإذا باع ، نفذ البيع بالإذن ، ثم إذا استوفى الثمن ، وقع الثمن للراهن ، ويكون أمانةً بعدُ في يد المرتهن ، فإن أراد استيفاءه لنفسه ، فلا بد من وزنٍ جديد إن كان موزوناً [أو كيل جديد إن كان مكيلاً]^(٢) فإن وزنه ثانياً ، فهل يصح الاستيفاء على هذا الترتيب ؟ فعلى وجهين ، تقدم ذكرهما في كتاب البيع ، فإن صححنا الاستيفاء ، دخل في ضمانه ، وبرت ذمة الراهن من الدين . وإن لم نصحح^(٣) الاستيفاء ، فما قبضه على الفساد مضمون عليه ، وإن لم يكن مقبوضاً على الصحة عن جهة حقه ، فالدين باق في ذمة الراهن .

ومن تمام التفرع في ذلك أنا إذا صححنا الاستيفاء ، فالذي ذكره الأصحاب أنه لا بد من إنشاء فعلٍ فيه ، وليس كما لو رهن الوديعة عند/ المودع ؛ فإننا في قولٍ ظاهر نكتفي بدوام يده ، كما تفضل ذلك ، وهاهنا لا بد من فعلٍ في الاستيفاء . وتعليله واضح ؛ فإن الاستيفاء إنما يصح بناء على إذن الراهن ، ولفظه في الإذن « ثم استوف منه حقلك » وهذا تصريح بإحداث أمر .

٣٦٤١- ولو قال : « بعه لي واستوف الثمن لي ، ثم أمسكه لنفسك » ، فالظاهر أنه لا بد من فعلٍ في القبض ، كما تقدم .
ومن أصحابنا من أقام الإمساك على قول صحة القبض مقام الاستيفاء إذا كان الاستيفاء مأذوناً فيه .

(١) ر . المختصر : ٢ / ٢١٤ . ولفظ المختصر : « أن يبيع لنفسه » وسيأتي - بعد قليل - في تأويل كلام الشافعي ما يرجح كونها (باللام) ، وانظر (ص ١٧٩) .
(٢) زيادة من (ص) ، وانظر في هذه المسألة الروضة : ٨٨ / ٤ ، ٨٩ .
(٣) في الأصل : وإن لم يصح .

وإذا قلنا : الاستيفاء لا يصح ، ثم جعلنا قبضه على الفساد مُدخلًا للثمن في ضمانه ، فلو لم يوجد منه فعلٌ ، والمأذون فيه الاستيفاء ، ولكن نوى أن يمسكه لنفسه ، فهذا لا يدخله في ضمانه ؛ فإن اليد أمانة ، والأمانات لا تزول بمجرد النيات . ولو نوى المودع تغييب الوديعة ، ولم يحدث أمراً ، لم يضمن بمجرد النية .

ولو قال الراهن : بعه لي واستوفِ ثمنه لنفسك ، صح البيع ، ولم يصح الاستيفاء ؛ فإن الغير يستحيل أن يستوفي حقه قبل ثبوت القبض الصحيح لمن يقع الاستيفاء من جهته ، وقد مهدنا هذا في البيع .

وإن قال الراهن للمرتهن : « بعه لنفسك » ، فباع ، فظاهر النص وما ذكره العراقيون ، واختاره القاضي أن البيع يفسد ؛ لأنه لا يتصور أن يبيع الإنسان مال الغير لنفسه .

وذكر صاحبُ التقريب قولاً آخر ارتضاه لنفسه : أن البيع صحيح بناء على قوله : بعه ، والفساد في قوله : لنفسك ، فليستقل البيع بالإذن فيه .

وهذا وإن كان منقاساً ، فالمذهب ما قدمته .

٣٦٤٢- ولو قال الراهن للمرتهن : « بعه » . ولم يقل : بعه لي ، ولا لنفسك . هذا موضع الاختلاف الظاهر بين الأصحاب - ولا عود إلى ما ذكره صاحب التقريب - فمن أصحابنا من قال : يجوز له أن يبيع كالأجنبي يقول له مالك العبد : بعه . ومن أصحابنا من قال : لا ينفذ بيع المرتهن . وهؤلاء عللوا امتناع البيع بعليتين : إحداهما - أن البيع مستحق للمرتهن بعد حلول الحق ، والمسألة مفروضة في هذا ، والدليل على أن البيع مستحق للمرتهن أنه لو أذن المرتهن للراهن في البيع مُطلقاً ، والحق حالٌ ، فالبيع يقع للمرتهن ، حتى لو أراد الراهن صرفَ الثمن إلى جهة أخرى ، لم يجد إليه سبيلاً . فإذا كان البيع مستحقاً للمرتهن ، فالإذن المطلق إذا اقترن باستحقاق البيع في حق المرتهن ، نازلاً منزلة الإذن المقيّد بالبيع في حق المرتهن ، فإذا قال : « بعه » ، فكأنه قال : بعه لنفسك . هذا إحدى العليتين .

والعلة الأخرى أن المرتهن متهم في ترك النظر ؛ فإنه ينبغي الوصول إلى حق نفسه ، فقد يستعجل ذلك ، فلا يبالي بترك النظر للرّاهن ، وليس كالوكيل المطلق ؛ فإنه لا حق له في البيع ، فيبيع لغرض الموكل طالباً لمصلحته .

ولو قال من عليه الدين لمستحق الدين : « بع هذا الثوب » ، ولم يكن مرهوناً ، « وخذ حقك من ثمنه » . أمّا البيع ، فصحيح ؛ فإن بيع ذلك الثوب [ليس] ^(١) مستحقاً له ، فهو فيه كسائر الغرماء . ويبيعه لا يقع إلا بحكم الوكالة .

ثم فرّع الأصحاب على العلتين المذكورتين في توجيه أحد الوجهين ، فقالوا : إن كان الدين مؤجلاً ، فقال الرّاهن للمرتهن : « بعه » ، فهذا يخرج على المعنيين ؛ فإن منعنا البيع عند حلول الحق لكون البيع مستحقاً على التحقيق الذي مضى ، فهذا المعنى مفقود قبل حلول الأجل ؛ فإن البيع غير مستحق للمرتهن ، والدليل عليه أن المرتهن لو ي ١٨١ قال/ للرّاهن قبل حلول الأجل : « بعه » ، نفذ البيع ، وبطل حق المرتهن ، كما مضى تفصيله . هذا إن عللنا بالاستحقاق .

وإن عللنا بكون المرتهن متّهماً ؛ من جهة استعجال الحق ، فهذا المعنى قبل الحلول مفقود أيضاً ؛ فإنه إنما يبيعه بإذنٍ مُطلقٍ ، ^(٢) والبيع بإذنٍ مطلقٍ ^(٣) قبل حلول الأجل يفك الرهن .

وإن قال قبل حلول الأجل : « بعه واستوفِ حقك » ، على التفاصيل المقدّمة ، فتتحقق التهمة ، ويخرج وجهان ؛ فإن عللنا بالاستحقاق ، فلا استحقاق . وإن عللناه بالتهمة ، فهي قائمة .

وإن قدّر الرّاهن ثمناً للمرتهن ، فقال : « بعه بكذا » ، فإذا باع بذلك المقدار ، فقد زالت التهمة .

فإن عللنا فساد البيع بالتهمة ، صح . وإن عللنا بالاستحقاق ، لم يصح .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت ٢) .

فإن قيل : ما وجه التعلّق بالتهمة ، وضمن المثل معلوم ، فينبغي أن نقول على اعتبار التهمة : إن باع بضمن المثل ، صح . وإن باع بأقل منه ، لم ينفذ ؟ قلنا : وراء ضمن المثل تهمة ؛ فإن الشيء قد يطلب بأكثر من ضمن مثله ، فيبيعه المتهم بضمن المثل . وسر هذا يأتي في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالى .

هذا بيان الوجهين وتفريعهما .

ثم لفظ الشافعي دليل على أن البيع بالإذن المطلق باطل من المرتهن عند حلول الأجل ؛ فإنه قال في صدر الفصل : « لو شرط المرتهن إن حل الحق أن يبيعه ، لم يجز أن يبيع بنفسه ^(١) » ، فظاهر النص منع البيع عند إطلاق الإذن .

ومن قال بالوجه الثاني ، وهو القياس ، أول النص ، وقال : قوله : « لم يجز أن يبيعه لنفسه » معناه لم يجز أن يبيعه من نفسه ؛ فإنّ تولّي طرفي العقد لا يسوغ من الوكيل .

٣٦٤٣- ومما يتفرع على ما ذكرناه أن الراهن لو أذن للمرتهن في البيع مطلقاً عند حلول الحق ، فباعه ، والراهن حاضر ، فمن راعى التهمة ، نفذ العقد ، ومن راعى الاستحقاق ، لم يفصل بين البيع في الحضرة وبين البيع في المغيب ؛ لجريان الاستحقاق في الموضوعين . ولفظ الشافعي في صدر الفصل يدل على صحة البيع بحضرة الراهن ؛ فإنه قال : « لم يجز أن يبيع بنفسه إلا بأن يحضره ربُّ الرهن » .

ومن منع البيع مع حضوره ، وسلك مسلك الاستحقاق ، أول النص ، وقال : فيه إضمار كلام ، والتقدير : لم يجز أن يبيعه المرتهن إلا أن يحضره الراهن فيبيعه ^(٢) .

(١) اعتمد الإمام هنا وفي أول الفصل رواية (الباء) : « بنفسه » ، وبها جاءت النسخ الثلاث . ثم عند حكاية الوجه القائل بتأويل نص الشافعي - في الأسطر التالية - اعتمد رواية (اللام) : « لنفسه » فهي التي ينسأغ التأويل عليها .

وقد أشرنا في تعليقنا أول الفصل أن المختصر المطبوع بأيدينا اعتمد رواية (اللام) : (لنفسه) .

(٢) أي فيبيعه الراهن .

وهذا على التحقيق استثناء من غير الجنس كما يعرفه ذو الحظ من الأصول .

وبنى بعض أصحابنا الوجهين في الصحة والفساد حيث تنطرق التهمة على وجهين ،
سيأتي ذكرهما في الوكالة ، إن شاء الله تعالى .

وذلك إذا وكل الرجل وكيلاً ببيع ماله ، فباعه الوكيل من أبيه أو ابنه ، ففي صحة
بيعه وجهان ، وسببهما تمكن التهمة من الوكيل في بيعه من أبيه أو ابنه .

هذا كله في إذن الراهن في البيع ، وترديد القول في إطلاقه وتقييده .

٣٦٤٤- ومن بقية الكلام في الفصل أنَّ الراهن عند حلول الحق لو أراد أن يستقلَّ
ببيع المرهون ، وصرف ثمنه إلى المرتهن ، لم يكن له ذلك أبداً ، فإن طابقه المرتهن ،
فذاك ، وإلا لا خلاص له إلا بأن يرفع الأمر إلى القاضي ، ثم القاضي يقول للمرتهن :
اأذن في بيعه ، وخذ حقك ، كما مضى ، أو أبرئه عن حقك .

ولو سلطنا الراهن على الاستقلال بالبيع ، لبطل أثر التوثق ، وحبس المرتهن ،
ومنعه من التصرف . ولو أراد المرتهن أن يبيع الرهن بنفسه ، فإن أمكنه مراجعة
الراهن ، واستيفاء الحق منه ، فليس له أن يستقل بالبيع . وإن غاب الراهن ، أو
جحد ، ولا بينة ، وتعذر استيفاء الحق منه ، فقد قطع الأصحاب بتنزيل المرهون ،
والحالة هذه منزلة شيء / يظفر به مستحق الدين من مال من عليه الدين . وفيه تفصيل
ش ١٨١ واختلاف قول سيأتي في كتاب الدعاوى ، إن شاء الله تعالى . فإن قيل : فلا أثر للرهن
إذا ، إذا كان لا يسلطه على البيع قولاً واحداً .

قلنا : أثره يبين في زحمة الديون وضيق المال ؛ فإن ذلك إذا وقع قُدِّم المرتهن
بالرهن ، وإن لم يكن الرهن ، وكان قد ظفر بشيء من ماله ، وهو تحت يده ،
استردناه منه ، ورددناه في جملة الأمتعة ، وتركناهم يتضاربون على أقدار
الديون .

وقد نجز الفصل بما فيه .

فصل في

قال : « ولو كان الشرط للعدل ، جاز بيعه ما لم يفسخا ، أو أحدهما وكالته . . . إلى آخره » (١) .

٣٦٤٥- إذا حل الحق ، فقال الراهن أحضر الرهن ، وأنا أؤدي دينك من مالي ، لم يلزم المرتهن أن يحضره . ولو رفع الأمر إلى مجلس القاضي ، والتمس منه أن يلزم المرتهن إحضار الرهن ، حتى يقع قضاء الدين واسترداد الرهن بمرأى من القاضي ، لم يلزم القاضي المرتهن ذلك ، وقال : حقه في الوثيقة قائم حتى يؤدي دينه ، ثم إن آذاه فليس على المرتهن إحضار الرهن ؛ فإن الرهن أمانة وليس على المؤتمن رد الأمانة . نعم ، لا يمتنع صاحب الأمانة من أخذها . ولو أراد الراهن بيع المرهون وأداء الدين من غير ثمنه ، لم يكن له ذلك . كما تقدم .

ولو قال للقاضي : أريد أن أؤدي حقه من ثمن الرهن ، فليس للمرتهن أن يلزم الراهن تحصيل الدين من جهة أخرى ، ولا فرق بين أن يكون قادراً على أداء الدين من جهة أخرى وبين أن يكون عاجزاً ، كما قدمناه من منع البيع فيه ، إذا كان يزعم أنه يؤدي الدين من غير ثمن الرهن .

٣٦٤٦- ومما يليق بتمام البيان في ذلك : أن البيع لو كان لا يتأتى إلا بإحضار الرهن ، فلا يكلف المرتهن إحضاره ؛ إذ قد يكون عليه في ذلك كلفة أو مؤنة ، وعلى الراهن إذا أراد قضاء الدين من ثمن الرهن أن يتكلف إحضاره ، ويبدل مؤنة إن مست الحاجة إلى بذلها ، ثم قد لا يثق المرتهن بيده ، فلا يسلمه إليه ، ولا تنفصل الخصومة إلا بالقاضي ، فإنه يبعث من يعتمده ، حتى يكون هو المحضر . وإن مست الحاجة إلى مؤنة ، بذلها الراهن .

٣٦٤٧- ثم نظم الشافعي فصلاً في تعديل الرهن على يد عدل ، ومزج بها جملاً من أحكام الوكالات ، وقضايا الأمانات . ولو أخرت إلى مواضعها ، لتعطلت فصول

الكتاب ؛ فلا وجه إلا ذكرها بما يتعلق بها على الاستقصاء .

فإذا وقع التراضي على تعديل الرهن على يد عدلٍ ، جاز ذلك ، وكانت يدُ العدل نائبةً عن يد المرتهن ، ولا شركة في اليد للراهن ؛ فإن حق القبض للمرتهن .

ولكن لو أراد المرتهن أن يستردَّ الرهن من العدل ؛ صائراً إلى أن الحق في القبض لي ، لم يكن له ذلك ؛ من جهة أن الراهن قد لا يثق بالمرتهن ؛ وإنما يقع التعديل لهذه الحالة ؛ فالراهن وإن لم يكن له حق في القبض ، فله حق رعاية ملكه ، وقد رأى التعديل وجهاً في الرعاية .

ثم إن أذن الراهن للعدل في بيع الرهن عند محل الحق ، وصرفه إلى المرتهن ، لم ينفذ بيعه دون إذن المرتهن ؛ فإن بيع الراهن لا ينفذ إلا على التفصيل المقدم . فكيف ينفذ بيع وكيله ؟

ولو وكل الراهن العدل بالبيع ورضي بالبيع المرتهن ، فينفذ بيعه إذا دام على الرضا .

ولو عزل الراهن ، ارتفعت الوكالة بالبيع ، فإن أراد الراهن أن يبيع العدل ، جدد توكيلاً .

ي ١٨٢ وإن لم يعزله/ الراهن ، ولكن قال المرتهن : « لا تبعه » ، بعد أن رضي ، لم يبيع ؛ فإن إذنه معتبر في البيع ، وإذا اعتبر إذنه ابتداءً ، اعتبر استمراره عليه . وإذا رجع ، بطل إذنه .

ثم هل يقال : تبطل الوكالة أم لا ؟ قال المحققون : الوكالة قائمة ؛ فإن العدل في البيع وكيلُ الراهن ، وليس وكيلُ الراهن وكيلُ المرتهن .

نعم . إذا رجع المرتهن عن الإذن ، انخرم شرط في نفوذ تصرف الوكيل ، فإذا أعاد الإذن ، فالوكالة الآن على شرطها ، والتصرف نافذ .

وذهب بعض الضعفة إلى أن رجوع المرتهن عن الإذن ، يوجب رفع الوكالة ، فعلى هذا إذا عاد فأذن ، فلا بد من توكيل جديد من الراهن . وهذا ضعيف غير معتد به .

٣٦٤٨- ومما يتعلق بهذا الفصل أن الراهن والمرتهن لو أذنا للعدل في بيع الرهن عند محل الحق ، واستمرًا على الإذن ، فهل يستبد العدل بالبيع ، دون مراجعة الراهن والمرتهن ؟ أم كيف السبيل فيه ؟ ذكر العراقيون وجهين في تعيين مراجعة الراهن : أصحهما - أن المراجعة لا تجب . ووجهه بين . والثاني - أنها واجبة ؛ فقد يبدو له أن يستبقي الرهن ، ويؤدي الدين من سائر ماله .

وهذا يعتضد بأمر يتعلق بالتصرف ، وهو أن الاستنابات قبل الحاجات تجري في العادات ، ثم إذا حقت الحاجة ، فالعادة مطردة بالمراجعة ، فحُمل المطلق على هذا .

وهذا ضعيف ، والأصل الاستمرار على الإذن . فإن أراد الراهن رفعه ، عزله . ولا خلاف أن المرتهن لا يراجع ؛ فإن غرضه توفية الحق ، وليس له في الرهن حق ملك ، أما الراهن ، فقد يستبقي الملك ، ويؤدي من موضع آخر . وهذا ليس خالياً عن الاحتمال ، إن صح ذلك الوجه البعيد .

فصل في

قال : « ولو باع بما يتغابن الناس بمثله ، فلم يفارقه حتى جاء من يزيده ، قبل الزيادة . . . إلى آخره »^(١) .

٣٦٤٩- هذا من فصول الوكالة ، فنفرسه في العدل^(٢) وهو مُطَرَّد في كل وكيل . فإذا وكل الراهن العدل^(٢) ببيع الرهن ، ورضي المرتهن ، والتوكيل مطلق ، فالعدل مأخوذ في إطلاق التوكيل برعاية ثلاث خلال : أحدها - ألا يبيع بغبن . وسيأتي تفصيل الغبن . والخصلة الأخرى - ألا يبيع إلا بنقد . والثالثة - ألا يبيع نسيئة .

فإن باع بثمن المثل ، وكان مع المشتري في مجلس العقد ، فأشرف عليهما من يزيد في الثمن . فنقول : أولاً إذا كانت السلعة تطلب بأكثر من ثمن مثلها ، فليس للوكيل أن

(١) ر . المختصر : ٢١٤/٢ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت) .

يبيعها بثمن المثل ؛ وهذه غبينة^(١) بين أرباب المعاملات .

٣٦٥٠- فإذا تمهد هذا ، قلنا : إذا جاء من يزيده ، فظاهر النص يشير إلى أنه يبيع تلك السلعة ممن يزد في الثمن . فإذا قَبِلَ^(٢) الزائد ، ترتب عليه تحصيلُ الزيادة ، وانفساخُ البيع الأول . وهذا قد استقصيناه في أول كتاب البيع . ولا بد من تجديد العهد به . فنقول :

من باع سلعة ، ثم باعها في زمان الخيار ، أو مكان الخيار ، ففي هذا البيع أوجه : أحدها - أنه ينفذ . ثم من ضرورة نفوذه انفساخ العقد الأول .

والثاني - أنه لا ينفذ ، ولا يفسخ به العقد الأول . والثالث - لا ينفذ ، وينفسخ به العقد الأول . وقد ذكرنا الأوجه وفرعناها .

فإن وقع التفريع على نفوذ البيع الثاني ، وانفساخ الأول ، فالوجه أن يبيع ؛ فإنه إن قبل من زاد ، حصل الغرض ، وإن أبى ، فالبيع الأول قائم كما كان .

ش ١٨٢ ٣٦٥١- وحق هذه/ المسألة أن تُرتَّب على الوجه الذي نصفه . فيقال : إن قلنا : البيع في زمان الخيار فاسد ، ولا بد من جلب الزيادة الظاهرة من هذا الذي زاد ، فالذي يقتضيه مساق الكلام أن فسخ العقد الأول مستحق . وإذا كان كذلك ، فلا خيرة في إبقاء ذلك ، ولا سبيل إلى أن نقول : يلزم الوكيل الفسخ ؛ فيتعين من مجموع ما ذكرناه أن ذلك العقد يفسخ ، وهذا معنى استحقاق الفسخ ، ثم سبب الفسخ تحصيل الزيادة .

فلو حكمنا بالفسخ لما ظهرت الزيادة ، وأردنا البيع ممن زاد ، فإن وافق ، وابتاع بما كان يذكر ، فذاك . وإن امتنع ، ولم يُتَم ما وعد ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : انقطع العقد [الأول]^(٣) ، فليبتدئ الوكيلُ بيعاً إن فوض إليه . وهذا أوجه . وقياسه بين .

(١) في الأصل : نقطة على النون فقط ، (ت ٢) بهذا الرسم بدون أي نقط ، و(ص) : بهذا الرسم مع نقطة على الغين ، ونقطتين أسفل ما بعدها . وترك الباقي بدون نقط .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : قيل : الزائد يترتب... إلخ .

(٣) ساقطة من الأصل .

ومن أصحابنا من قال : إذا أبى هذا الذي زاد ، تبين أن الفسخ الذي حكمنا به غير نافذ ، فكأنه كان فسخاً موقوفاً على هذا الوجه ، وكان سببه الطمع في تحصيل الزيادة ، فإذا أيسنا من تحصيلها من هذه الجهة ، فالعقد قائم كما كان . وضرب لذلك مثل^(١) ، وهو أن الابن إذا بذل الطاعة لأبيه في الحج ، فلم يرشحه الأب لذلك ، ثم رجع الابن قبل حج الحجيج في تلك السنة ، فنتبين أن ما حسبناه استطاعة ، لم يكن استطاعة ، ولا يستقر الحج في ذمته .

هذا إذا حكمنا بأن الفسخ مستحق ، وبيّنا وجه الاستحقاق فيه ، ثم أنهينا التفريع منتهاه في هذا الطريق .

قال الشيخ أبو محمد : إذا كان فوض البيع عوداً على بدء إلى هذا الوكيل ، فلما بدت الزيادة ، أراد أن يحصلها بأن يبيع من الزائد ، وفرعنا على صحة البيع ، ونفوذ الفسخ به ، فعلى هذه الطريقة لا نحكم بانفساخ العقد ، إذا كان الوكيل سلك المسلك المستصوب . فإن امتنع منه حينئذ ، حكمنا بالانفساخ ، وعاد التفريع إلى ما ذكرناه .

٣٦٥٢- فأما إذا قلنا : لا يصح هذا الطريق ، ولا بد من تقدير ارتفاع العقد الأول ، فلا سبيل إلى الحكم بوجوب إنشاء الفسخ كما مضى ، فرجع الكلام إلى أن البيع في مكان الخيار إن صححناه ، وضمنناه الفسخ ، فهو وجه إن أنشأ الوكيل . وإن امتنع منه ، أو قلنا : لا يصح البيع ، تعين الحكم بالانفساخ ، ثم هو نافذ ، أو موقوف على ما ذكرناه .

ومما لا بد من ذكره أن الوكيل بالبيع لو باع ، ثم فسخ العقد ، فهل له أن يبيع مرة أخرى ؟ فيه تفصيل يأتي في كتاب الوكالة .

والقدر الذي نذكره هاهنا أن الأصحاب اختلفوا في ذلك ، فمنهم من قال : ليس له أن يبيع إلا بتوكيل جديد ؛ فإنه لم يوكل إلا ببيع واحد . ومنهم من قال : له البيع من

(١) كذا في النسخ الثلاث . فبيننا الفعل (ضرب) للمجهول .

غير توكيل جديد ؛ فإنه وكُل بيع يتم ويؤدي إلى الغرض ، فإذا لم يتم ، وفُسَخ ، فهو مأمور ببيع يتم على موجب التوكيل الأول .

وسنكشف هذا في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالى .

فصل في

قال : « وإذا بيع فثمنه من الراهن حتى يقبضه المرتهن . . . إلى آخره » ^(١) .

قوله : « من الراهن » ، أي من ضمان الراهن .

٣٦٥٣- مقصود هذا الفصل ذكر طرف من العُهدَة على الوكيل ، وبيان قرار الضمان ، وذكر سببه ، فنقول : للعهدَة ثلاثة أركان في قاعدة المذهب : أحدها - في توجيه الطلب . فنقول : من اشترى بالنيابة شيئاً لموكله ، فهل للبائع توجيه المطالبة بالثمن على الوكيل ؟ نُظَر : فإن عقد العقد بلفظ السفارة ، ولم يصف الشراء إلى نفسه فقال : « اشترت لفلان » ، ولم يقل : « اشترت » مطلقاً ، فلا / مطالبة على السفير . والنكاح لما كان لا يعقد إلا بالسفارة ، لم تتوجه الطلْبة على السفير القابل للزوج .

فإن أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه ، فقال : اشترت ، فإن لم يعلم البائع كونه وكيلًا ، فلا شك أنه يطالبه . وإن علم أنه وكيل واعترف به ، فله مطالبة الموكل ، لم يختلف فيه أصحابنا . وإنما اختلفوا في مطالبة سيد العبد المأذون ؛ لما ذكرناه في مسائله . وهل يطالب الوكيل ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال : لا مطالبة ؛ فإنه سفير في الحقيقة ، ولم يصرح بالسفارة ، فأشبه ما لو صرح بها . والوجه الثاني - أنه يطالبه بالثمن ، وإن علم كونه وكيلًا ؛ فإن قوله : اشترت التزام ، فإذا كنا نلزم من يقول : ضمننت الدين ، فلا بُعْدَ لو ألزمنا من يقول : اشترت أو قبلت .

هذا ركن من أركان العُهدَة .

ثم إذا غرم الوكيل ، فلا شك أنه يرجع على الموكل ، ولا تفصيل في ذلك .

بخلاف ما لو قال من عليه الدين لرجل : « اضمن عني الدين » . فإذا ضمنه ، وغرمه ، ففي رجوعه على المضمون عنه خلافٌ إذا لم يقيد المضمون عنه الإذن في الضمان بشرط الرجوع ، وهاهنا لا حاجة إلى ذلك ، بل نفس عهدة العقد تقتضي الرجوع بعد الغرم إن اتفق ذلك .

٣٦٥٤- الركن الثاني من العهدة - تصوير خروج المبيع مستحقاً بعد قبض الثمن .
فإذا باع الوكيل وسلّم المبيع وتسلم الثمن ، ثم خرج المبيع مستحقاً ، فإن كان عينُ الثمن باقياً ، استردّها المشتري ، وردّ المبيع على مستحقه .

ولو تلف ذلك الثمن ، لم يخل إما أن يتلف في يد الوكيل ، وإما أن يتلف في يد الموكل .

فإن تلف في يد الوكيل من غير تفريطه ، فللمشتري الرجوع عليه ، ووجهه بين ، فإنّ دراهمه تلفت في يده ، ولم يكن مؤتمناً من جهته ، ثم يثبت له الرجوع إلى الموكل ، فإنه هو الذي ورّطه فيما انتهى إليه الأمر ، لما أمره بالبيع وأقامه وكيل نفسه ، فيضمن هذا حق الرجوع عليه ، وهذا متفق عليه في عُلقه العهدة ، ولا محمل له إلا تعريضه إياه لما جرى ، فهو من التغرير الذي يجزّ ضماناً لا محالة . وهو بمثابة ما لو أودع الغاصب العين المغصوبة عند إنسان ، والحال مشكل على المودع ، فالطالبة تتوجّه عليه ، لثبوت اليد في الظاهر . ثم إنه يرجع على الغاصب المودع ؛ [من جهة أنه غره لما أودع عنده ، وإن كان التلف حصل في يد المودع ، فالقرار على الغاصب المودع]^(١) .

هذا الذي اتفق الأصحاب عليه في الوكيل ، الذي نصبه الموكل في البيع والقبض ، ثم ثبت الاستحقاق ، وقد تلف الثمن المقبوض في يد الوكيل ، من غير تفريطه .

وقد ذكرنا أن للمشتري مطالبة الوكيل بقبضه ماله ، ثم له الرجوع على موكله لتغريره

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

إياه ، وينتظم منه أن قرار الضمان على الموكل ؛ فإن أراد المشتري بذلك أن يطالب الموكل بالثمن ، وما ثبتت يده عليه ، فلست أرى له ذلك ؛ من جهة أن يده ما وصلت إلى عين مال المشتري ، وإن كان قرار الضمان عليه ؛ من جهة الوكيل إذا غرم ، فلم يوجد منه في حق المشتري إلا أنه أمر وكيله بالمعاملة ، ومن أمر غيره بغصب مال ، لم يصبر بأمره غاصباً ، فأقصى ما يتخيل في ذلك أنه غرّ وكيله ، فغرّ وكيله المشتري ، وهذا لا يوجب انتظام سبب المطالبة بين المشتري وبين الموكل ، وهذا ما أراه .

وكذلك يجب أن يقال : إذا عُقد النكاح على حكم الغرور ، وألزمنا المغرور قيمة الولد لسيد الأمة ، ثم أثبتنا للمغرور الرجوع على الغار ، فقد جعلنا الغار محلاً لقرار ش ١٨٣ الضمان . وليس يتجه أن يقال : لسيد الأمة تغريم الغار ابتداءً ، وإن كان الضمان يتوصل إليه بطريق رجوع المغرور عليه .

وليس هذا كالغاصب إذا أودع ؛ فإن للمغصوب منه مطالبة من شاء منهما ؛ والسبب فيه أن يد كل واحد منهما اتصل بملك المغصوب منه ، فكان مطالباً لذلك ، هذا ما أقدره .

ولست أنفي احتمالاً يراه ناظر في تثبيت مطالبة الموكل في مسألتنا ، والغار في باب الغرور ، من جهة أن استناد حرية الولد إلى التفرير ، لا إلى الإيلاد والإعلاق . وكذلك القول في الوكيل والموكل .

فهذا بيان ما أردناه ، والميل إلى الأول .

وقد صرح العراقيون بأن المبيع إذا خرج مستحقاً ، وقد تلف الثمن في يد الوكيل ، من غير تقصير منه ، فلا يرجع المشتري على الوكيل أصلاً ، وإنما يرجع على الموكل . وهذا تصريح منهم بأن المشتري يطالب المغرر . وألفاظ المرافزة تدل على أنه لا تتوجه المطالبة على الموكل ، وإنما يطالب الوكيل ، ثم إذا غرم الوكيل ، رجع على الموكل . ونفيهم مطالبة الوكيل بعيداً عن قياس المرافزة .

والذي تحصل من ذلك أن الضمان متعلق بالموكل استقراراً . والذي يظهر القطع به أن الوكيل مطالبٌ . وفيه وجه ضعيف حكيته عن العراقيين ، وفي توجيه

المطالبة على الموكل ابتداء^(١) تردد^(٢) . والذي ظهر من كلام المرازمة أنه لا يطالب ابتداء^(٣) والذي صرح به العراقيون : أنه يطالبه المشتري ابتداءً .

٣٦٥٥- وكل هذا إذا تلف الثمن في يد الوكيل ، ولم ينته إلى يد الموكل . فأما إذا انتهى إلى يد الموكل ، فتلف في يده ، فلا شك أن المشتري يوجه المطالبة على الموكل ؛ فإن يده ثبتت على ماله ، وإنما التردد المتقدم فيه إذا تلف الثمن في يد الوكيل ، فإذا ثبت أن الموكل مطالب من جهة المشتري ابتداءً ، فهل له مطالبة الوكيل ؟ نظر فيه : فإن لم يمر الثمن بيد الوكيل ، فلست أرى لمطالبة الوكيل وجهاً إذا لم تثبت له يدٌ ، والعقد لم يصح ، حتى يتضمن عهدة متعلقة بمن تولى العقد ؛ إذ المبيع خرج مستحقاً . وإن مرَّ الثمن بيده ، وانتهى إلى يد الموكل ، ففي مطالبة الوكيل في هذه الصورة جوابان ظاهران في طريقة المرازمة ؛^(٢) من جهة أن الوكيل متوسط ، وقد بلغ المال منتهاه ، وتلف في يد الموكل ، والوكيل مؤتمن^(٢) ، من جهة موكله ، والمشتري وإن لم يوكله ، فإنه يسلم الثمن إليه ، ليسلمه إلى موكله ، فكأنه من هذا الوجه مؤتمن - من جهة المشتري - مأذون^(٣) له في إيصال الثمن إلى موكله .

وقيل تتعلق الطلبة به ؛ لأن أخذ المال كان على حكم العهدة .

وكل ما ذكرناه فيه إذا باع العدل بتوكيل الراهن ، وأذن المرتهن ، ثم جرى ما وصفناه .

٣٦٥٦- فأما إذا تولى الحاكم بنفسه بيع الرهن عند اتصال الخصومة بمجلسه ، وقبض الثمن ليوصله إلى جهته ، فتلف في يده ، ثم خرج المبيع مستحقاً ، فقد أجمع أصحابنا على أن الحاكم لا يتعلق به طلبةٌ ، ولا ضمان ، ولا يقال : يطالب به ، ثم يرجع ؛ فإن الأحكام لو تعلقت بهم العهدة في العقود التي يُنشئونها لظاهر الاستصلاح ،

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) ، (ص) .

(٢) وهذا أيضاً ساقط من (ت ٢) ، (ص) .

(٣) عبارة (ت ٢) : « من جهة كون المشتري مأذون له . . . » وفي (ص) : « من جهة أن المشتري مأذون له . . . » .

لعظم الأمر وكثرت المشقة ، فاتفق الأصحاب على إخراج الولاية في أمثال هذه العقود عن العهد ، والطلبية ، والتغريم ، ابتداءً وقراراً .

وإذا كان كذلك ، فلا بد من إثبات الرجوع ؛ فإن حق المشتري لا يضيع ، ي ١٨٤ والرجوع ابتداءً على / الراهن لا خلاف فيه .

فإن قيل : ليس الراهن موكلاً في عقد يُتخيّل مرجوعاً عليه ، وإنما الحاكم فعل ما فعل ؛ فكان يجب أن يقال : لم يصدر من الراهن عقد ولا توكيل في عقد ، والحاكم لا يضمن ، فلا يجد المشتري مرجعاً .

قلنا : هذا لا قائل به . وسبب تضمين الراهن أنه رهن ملك غيره ، وكل من رهن شيئاً ، فقد عرّضه للبيع على استحقاق . وهذا أبلغ من وكالة تقبل العزل على الاختيار . فالحاكم بنى بيعه على حكم رهنه ، فقد صار بالرهن إذا مغرراً ، كما تقدم . وهذا يعضد توجية المطالبة على الموكل ابتداءً في المسألة الأولى ؛ [فإننا لما رفعنا الحاكم من البين^(١) ، ووجهنا المطالبة على الراهن ، فهو^(٢) في هذه المسألة بمنزلة الموكل في المسألة الأولى]^(٣) ونص الشافعي فيمن مات وخلف تركه مستغرقة بالدين ، فباع الحاكم تركته ، وتلف الثمن في يده قبل أن يصرفه إلى الديون المحيطة بالتركة ، ثم خرج المبيع مستحقاً ، قال الشافعي : لا عهدة على الحاكم ولا طلبية ، والعهدة على الميت ، وتركته .

فإن قيل : إن كان الراهن في المسألة التي ذكرتموها الآن مغرراً ، برهنه ، من حيث كان مقتضى الرهن التعريض للبيع . فما سبب تعليق الضمان بذمة الميت في المسألة الأخيرة ؟

قلنا : احتواؤه على المغصوب حتى يتعلق به الدين إذا مات تسبّب منه إلى تسليط الحاكم على البيع ، والسبب المضمّن قد يقرب ، وقد يبعد .

(١) البين : من الألفاظ التي استعملها الإمام في (البرهان) ، وكررها في (النهاية) وهي مفهومة من السياق . وإن لم أصل لمعنى لها في (مادتها) المعجمية .

(٢) في النسختين : وهو . (وهي ضمن الفقرة الساقطة من الأصل) .

(٣) سقط ما بين المعقفين من الأصل .

٣٦٥٧- فهذا إذا تولى الحاكم البيع ، وأما إذا نصب أميناً ، فباع الأمين الرهن ، أو عيناً من التركة بإذن الحاكم ، وتلف الثمن في يد الأمين ، ثم تبين الاستحقاق ؛ فلاصحابنا وجهان مشهوران : أحدهما - أنه لا تتعلق الطَّلِبَةُ بالأمين ؛ من جهة أنه منصوب من مجلس الحاكم ، فكان كالحاكم . وهذا ظاهر نص الشافعي .

ومن أصحابنا من علق الطَّلِبَةَ بِالْعَدْلِ ، وإن كان منصوباً من جهة الحاكم . وهذا بعيد عن النص والقياس - وإن كان مشهوراً - فليس ينفذ الفرق بين الحاكم وبين منصوبه ؛ فإن الحكام لا يتعاطون جملة العقود بأنفسهم ، وما يفوضونه إلى الأمناء أكثر مما يتعاطونه . ولو تعرض الأمناء من جهتهم لغرر العهدة ، لامتنعوا عن مباشرة الأمور ، ويضيق بهذا السبب الأمر على القضاة . فإذا حططنا الطَّلِبَةَ عن الحاكم ؛ صيانة لمنصبه ، وجب طرد ذلك في أمينه .

وقد قال أئمتنا : إذا ادَّعى رجل محكوم عليه أن القاضي ظلمني ، وتحيف عليّ في حكمه ، فلا تقبل دعواه على الحاكم نفسه ، فإننا لو فتحنا هذا الباب ، لانطلقت ألسنُ الخصوم على الولاية .

وفي هذا ترتيبٌ وتفصيل ، سنذكره في أدب القضاة ، إن شاء الله تعالى .

٣٦٥٨- فحصل من مجموع ما ذكرناه مراتب : إحداها - الوكيل الذي ينصبه الحاكم . وقد مضى القول في مطالبته ورجوعه ، ومطالبة موكله .

والمرتبة الثانية - في تصرف الحكام بأنفسهم .

والثالثة - في تصرف الأمناء المنصوبين من جهة الحكام .

وقد نجز هذا الركن من أركان العهدة .

وليعلم الناظر أن ذلك ليس من عهدة العقد ؛ إذ لا عقد مع الاستحقاق ، ولكن القول في هذا دائر على التغيرير والتسبب إليه ، مع ثبوت الأيدي للمتوسّطين .

٣٦٥٩- والركن الثالث - من العهدة يتعلق بالرد بالعيب . وليس هذا موضعه . وسنأتي به مبسوطاً في كتاب الوكالة ، إن شاء الله عزّ وجل .

ثم قال الشافعي : إذا بيع الرهن ، وخرج مستحقاً ، لم تتعلق عهدة الثمن بالمرتهن أصلاً ؛ إذ لم تثبت يده عليه ، فإن الرهن ، وإن بيع في حقه ، فلم يأت من جهته ش ١٨٤ تغير ، ولم تثبت يده على مال المشتري ، وعينُ الرهن قد قبضها مستحقها . وقال أبو حنيفة : يتعلق العهد بالمرتهن . وقد رمز الشافعي إلى الرد عليه فقال : « وليس الذي بيع له الرهن من العهدة بسبيل »^(١) .

فَضْلُكَ

قال : « ولو باع العدل^(٢) ، وقبض الثمن ، فقال : ضاع مني ، فهو مصدق . . . إلى آخره »^(٣) .

٦٣٦٠- العدل إذا وكله الراهنُ بالبيع ، ورضي المرتهن ، فباع وقبض الثمن ، ثم قال : ضاع الثمن في يدي من غير تقصير ، فهو أمين مصدق ، وإن اتهم حُلْف . وهذا لا شك فيه .

فلو ادعى العدل أنه دفع الثمن إلى المرتهن ، فإن صدقه المرتهن ، فذاك ، وإن كذبه نُظر : فإن كذبه الراهن أيضاً ، توجه الضمان على العدل . أما المرتهن ، فلا شك أنه لا يقبل قول العدل عليه والقول قوله إن لم أقبض حقي ، وقول العدل غير مقبول على الراهن في هذا المقام ؛ من جهة أنه وإن كان أميناً في حقه ، فقد ادعى تسليم المال إلى من لم يأتمنه ، وقصر إذا لم يُشهد مع إمكان الجحود .

ولو قال الراهن : صدقت فيما ادعيت ، وأنا أعلم أنك سلمت إلى المرتهن ما قبضت ، فهل يضمن العدل والحالة هذه ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - لا يضمن لتصديق الراهن إياه . والثاني - يضمن لتقصيره في ترك الإشهاد . ولهذا نظائر ستأتي ، إن شاء الله تعالى .

(١) نص عبارة الشافعي في المختصر : ٢١٤/٢ .

(٢) في النسخ الثلاث : (العبد) . والتصويب من المختصر .

(٣) الموضوع السابق .

ولو صدقه الراهن في التسليم ، واعترف بأنه كان أشهد ، ولكن مات شهوده ؛ فلا ضمان .

ولو ادعى العدل أنني كنتُ أشهدتُ ولكن مات شهودي ، أو غابوا ، وأنكر الراهن إشهاده ، واعترف بتسليمه إلى المرتهن ، فإن قلنا : اعترافه بتسليم الثمن إلى المرتهن كافٍ لتبرئة العدل ، فلا إشكال . وإن قلنا : يضمن العدل وإن صدقه الراهن لتقصيره ، فهل يضمن إذا ادعى الإشهاد وأنكره الراهن ؟ فعلى وجهين : ذكرهما صاحب التقريب . ومُدركٌ توجيههما لائح .

ولا خلاف أن الراهن لو شرط على العدل أن يُشهد على تسليمه ، واعترف العدل بأنه لم يشهد ، واعترف الراهن بأنه سلم إلى المرتهن ، فالضمان يجبُ في هذه الصورة وجهاً واحداً ؛ من جهة أنه خالف شرطَ موكله . وإن لم يكن شرط ، فالمسألة على التردد في أن الاحتياط هل يُلزم العدلَ الإشهاد .
هذا مأخذ الكلام .

فصل في بيع الرهن

قال : « ولو قال أحدهما : بيع بدنانير . . . إلى آخره »^(١) .

٣٦٦- إذا حل الحق ، فقال الراهن للعدل : بيع الرهن بالدنانير ، وقال الآخر : بيعُ بالدرهم ، فلا يبيع بواحد منهما ، فإن بيع العدل ينفذ إذا صدر عن توكيل الراهن ، أو رضا المرتهن ، فإذا تخالفا ، لم يمثل قول واحد منهما ، بل يرفع القضية إلى مجلس الحكم ، ثم الحاكم يبيع ، أو يأذن لمن يبيع بنقد البلد ، إن رأى المصلحة فيه .
وهذا بين لا خفاء به .

(١) ر . المختصر : ٢١٤/٢ .

فصل في

قال : « وإن تغيرت حال العدل . . . إلى آخره » (١) .

٣٦٦٢- إذا توافق الراهن والمرتهن على تعديل الرهن على يد عدلٍ ، فإن أراد رفع الرهن من يده وردّه إلى آخر ، جاز ذلك ، فالحق (٢) لا يعدوهما . وإن أراد الراهن أن يتحكم بإزالة يد العدل ، ويرد الرهن إلى يد آخر ، لم يكن له ذلك ؛ فإن حق القبض للمرتهن ، فلا يجوز التصرف في اليد دون إذن المرتهن .

ي ١٨٥ ولو أراد المرتهن أن يرفع الرهن من يد ذلك العدل دون/ إذن الراهن ، لم يكن له ذلك ، لا شك (٣) فيه .

والعدل في نفسه لا يرد الرهن على الراهن دون المرتهن ، ولا يرد على المرتهن دون الراهن ، فإن فعل ، صار ضامناً ، فإن دفعه إلى المرتهن دون إذن الراهن ، ففاته في يده ، ضمن القيمة للراهن . وإن دفعه إلى الراهن دون المرتهن ، (٤) ضمن للمرتهن (٤) إذا فاته الرهن في يد الراهن . ثم ينظر : فإن كان الحق حالاً ، فيضمن للمرتهن أقلّ الأمرين من دينه أو قيمة الرهن . وإن كان مؤجلاً ، فعليه كمال القيمة ، ليكون رهناً عند المرتهن .

وهذا يلتفت على أصل ، وهو أن من يستحق ديناً مؤجلاً قد لا يجبره من عليه الدين على قبول حقه قبل محله ، وقد مضى تفصيل ذلك في مواضع .

٣٦٦٣- فالغرض إذا ينكشف بذكر صورتين : إحداهما - أن يساعد الراهن العدل ، فيخرج الأمر على ترتيب تعجيل الدين المؤجل ، وتوفير المعجل (٥) . ومساعدة الراهن

(١) السابق نفسه .

(٢) في النسخ الثلاث : والحق .

(٣) في (ص) ، (ت) : بلا شك .

(٤) ما بين القوسين سقط من (ص) ، (ت ٢) .

(٥) في (ص) ، (ت ٢) : المؤجل .

بأن يأذن للعدل في أداء الدين ، أو يؤدي الدين بنفسه . ويكفي الآن التصوير في إذنه للعدل بأن يؤدي الدين . فينتظم الفرق بين الحال والمؤجل .

فإن كان الدين حالاً ، لم يلزمه إلا أقلّ الأمرين ، كما ذكرناه ، تفريعاً على أن من أدّى دينه المعجل ، لم يكن له أن يمتنع عن قبوله . وإن فرض في الدين المؤجل ، ففي الإيجابار على القبول التفصيل المذكور . فإن قلنا : لا يجبر من له دين مؤجل على قبوله ، تعيّن على العدل أن يضع قيمة الرهن رهناً إلى حلول الدين . وإن قلنا : يجبر على قبول الدين ، فالكلام في الدين المؤجل كالكلام في الدين الحال . وهذا كله إذا أذن الراهن له في أداء الدين .

فأما إذا لم يصادف الراهن حتى يستأذن منه ، أو لم يأذن له الراهن في أداء الدين ، فلا يجب على المرتهن أن يقبل الدين منه ، مؤجلاً كان أو حالاً . بل يقول : لست مأذوناً من جهة من عليه الدين ، ولا أقبل تبرعك بأداء الدين . وإذا كان كذلك نُظر : فإن كان الراهن حاضراً ، قاله له العدل : رددتُ عليك الرهن ، وأنت المالك ، فخلّصني [بالإذن]^(١) في أداء الدين ، أو بأداء الدين .

وإنما [تحسن]^(٢) هذه المسألة إذا كان الدين أقلّ من قيمة الرهن ، وقبّل أن تتفق مفاوضة الراهن بما ذكرناه يغرّم^(٣) للمرتهن قيمة الرهن ، وإن كانت ألفاً ، والدين ديناراً^(٤) .

ثم إذا تمكن من الراهن ، ففأوضه ، فقال الراهن : لست آذن لك في أداء الدين ، ولست أؤديه ، وكان المرتهن لا يطالب أيضاً ، فهذا يؤدي إلى تعطيل مال عظيم على العدل من غير فائدة ، ولكن القيمة مرهونة ، والراهن مأمورٌ بتخليصها إذا كان الدين

(١) في الأصل : من الإذن .

(٢) في الأصل بدون نقط . والحرف الأخير بين (النون) والألف المرسومة (ياء) . والمثبت من (ت ٢) ، (ص) .

(٣) في (ص) ، (ت ٢) : بغير الراهن . والمعنى : يغرّم العدل للمرتهن قيمة الرهن بالغة ما بلغت .

(٤) في (ص) ، (ت ٢) : ديناراً .

حالاً ، كما يؤمر المستعير بتخليص العبد^(١) لمعيره ، كما سنذكر ؛ فإن تغريم القيمة لغير المالك ، والعين مردودة على المالك يستحيل أن تبقى على التأبد بغير نهاية ، فيتعطل مال بأن يتواطأ الراهن والمرتهن .

ولو كان عين الرهن قائمة ، فهي مستردة من الراهن . وإن تلفت ، فضمان القيمة لتوضع رهنأ متوجه على الراهن .

ولو غرم العدل للمرتهن قيمة الرهن ، وقد سلمه إلى الراهن ، فله الرجوع بما غرم على المالك الراهن .

فإن^(٢) فأت العين ، فإنه يقول : إنما غرمت بسبب أخذك الرهن بغير حق ، فأرجع عليك . ولو كان الرهن قائماً في يد الراهن ، لوجب رده على حكم قبض المرتهن . وهذا بين .

وما ذكرناه فيه إذا أعرض / المرتهن عن مخاصمة الراهن . وتثبت بالعدل .
ش ١٨٥ والتفصيل ما ذكرناه .

فَضْلُكَ

٣٦٦٤- ثم ذكر الشافعي تغير حال العدل عن العدالة ، وبنى عليه أنه إذا فسق ، فللراهن ألا يرضى بيده ، وإن رضي الراهن ، فللمرتهن ألا يرضى ؛ فإن الحق ثابت لهما . أما الراهن ، فله طلب الاسترداد والاستبدال به ؛ محافظة على [ملكه ، وللمرتهن مثل ذلك محافظة على وثيقته]^(٣) ، وإذا جنى العدل عمداً على الرهن ، فهو منه فسوق ، ولو جنى خطأ ، لم يفسق ، ولزمه أرش جنايته ، والرهن مُقَرَّرٌ تحت يده ، ولو كان من عدل الرهن عنده^(٤) فاسقاً في الابتداء وكانا عالمين بفسقه ، فأراد أحدهما أن يرفع يده عن الرهن ، لم يكن له ذلك .

(١) في (ص) ، (ت ٢) : «الرهن لغيره» والمسألة إشارة إلى من استعار عبداً ليرهنه . وستأتي قريباً .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : إن .

(٣) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٤) في (ص) ، (ت ٢) : يختص عنده .

فإن ازداد فسوقاً إلى فسوقه المتقدم ، كان ذلك بمثابة فسوق العدل . وقد سبق التفصيل فيه .

ثم ذكر الشافعي بعد ذلك أن العدل لو أراد أن يودع الرهن الكائن تحت يده عند إنسان ، فكيف حكمه ؟ وهذا لا اختصاص له بالرهن ، وسأذكره مستقصى في كتاب الوديعة ، إن شاء الله تعالى .

فصل في

قال : « ولو جنى المرهون على سيده . . . إلى آخره » (١) .

٣٦٦٥- إذا رهن الرجل عبداً وسلمه إلى المرتهن ، فجنى على السيد الراهن ، فلا يخلو : إما أن يجني على طرفه وإما أن يجني على نفسه . فإن جنى على الطرف ، لم يخل : إما أن يكون موجباً للقصاص أو للمال ، فإن كان موجباً للقصاص ، فللسيد الراهن أن يقتصر منه ؛ لأن عماد القصاص الزجر وشفاء الغيظ . والحاجة ماسة إلى زجر العبيد عن الجناية على السادة ، وشفاء الغليل مما يحتاج السيد إليه ، فله القصاص . وإن كان يؤدي إلى إبطال حق المرتهن من الوثيقة . ومهما (٢) جرى من المرهون ما يوجب القصاص ، لم يندفع القصاص بسبب حق الغير في المالية .

وإن كانت الجناية موجبة للمال في جنسها ، أو كان موجباً للقصاص ، فعفا السيد على مال ، فلا يثبت المال أصلاً ؛ لأن السيد لا يستوجب في ذمة عبده مالاً على الابتداء قط .

وإذا لم يثبت له حق مال في رقبة عبده ، ولم يثبت القصاص ، أو ثبت وسقط ، فيبقى العبد مرهوناً إلى الفكاك .

هذا ما أجمع عليه الأصحاب ، ولم يحك أحد فيه خلافاً إلا صاحب التقريب ، فإنه ذكر وجهاً بعيداً فقال : ذهب ابن سريج إلى أن للسيد أن يبيع من العبد الجاني بقدر

(١) ر . المختصر : ٢ / ٢١٤ .

(٢) « ومهما » : بمعنى (وإذا) .

أُرس الجناية ؛ حتى ينفك الرهن في ذلك المقدار ، فيثبت له هذا الحق ، وإن كان لا يثبت له دين على عبده .

وهذا ضعيف جداً ، حكيناه ولا نعود إليه .

هذا إذا كان تعلّق الجناية بالطرف .

٣٦٦٦- فأما إذا قتل العبد المرهون السيد الراهن ، فإن أراد ورثته الاقتصاص ، كان لهم ذلك . وإن لم تكن الجناية جنابة قصاص ، أو ثبت القصاص فأسقطوه بالعفو ، فلا يثبت لهم عُلقة مالية ؛ فإننا إن قلنا : الدية تجب للمقتول^(١) ، ثم تنتقل منه إلى وارثه ، فعلى هذا لو أثبتنا الدية للسيد ، لأثبتناها للمالك . وقد ذكرنا أن ذلك محال .

وإن فرّعنا على أن الدية تثبت ابتداءً للورثة ، فهم يملكون رقبة العبد الجاني ، في الوقت الذي يملكون فيه الدّين لو أمكن ملكهم فيه . وكما لا يطرأ ثبوت الدين للسيد على ملكه ، وكذلك لا يقترنان ؛ فإنهما على حكم التناقض يتجاربان ، فكيف فرض ي ١٨٦ الأمر لم يثبت للورثة/ حق مالي ؛ فيبقى العبد مرهوناً ، كما كان ، على المذهب المقطوع به .

٣٦٦٧- ولو جنى العبد المرهون على ابن السيد الراهن ، نُظر : فإن كانت الجناية على الطرف ، فللابن القصاص ، فإن استوفاه ، فذاك . وإن عفا على مالٍ ، أو كانت الجناية مالية ، فالعبد يباع في الأرض ، ويفك الرهن .

وإن لم يتفق من الابن تحصيل ذلك ، والمطالبة به حتى مات ، وورثه أبوه الراهن ، لم يُخلف^(٢) وارثاً غيره ، فهذا موضع تردد الأصحاب .

منهم من قال : يثبت للأب حق فك الرهن على ما تقتضيه الجناية ؛ فإن المال لم يثبت له ابتداءً حتى يحكم باستحالته .

ومن أصحابنا من قال : لا يثبت حق فك الرهن .

وبنى الأئمة هذا الاختلاف على أصل ، وهو أن من استحق ديناً على عبده ، ثم

(١) في (ص) ، (ت ٢) : الدية حيث تجب تجب للمقتول ، ثم تنتقل منه . . .

(٢) الجملة حالية .

ملكه ، فالدين الثابت قبل الملك هل يسقط بطريان الملك ؟ فيه خلافٌ مشهور . فإن حكمنا بأن الدين يسقط بالملك الطارىء ، قال الأصحاب : فعلى هذا لا يثبت للأب إذا ورث ابنه حقُّ فك الرهن ، وسقط بما جرى الاستحقاقُ . وإن قلنا : الدين لا يسقط بالملك الطارىء ، فقد قال الأصحاب للأب حقُّ فك الرهن في مسألتنا .

هكذا ما اشتملت عليه الطرق ، واتفق الأصحاب عليه ، كأنهم تواصوا فيه ، وهو في نهاية الإشكال ؛ من جهة أن الملك في العبد مستدامٌ ، والإرث إن أثبت له ملكاً أثبتته جديداً على مملوكه ، فكيف يكون الاستحقاق الطارىء على الملك بمثابة الملك الطارىء على الاستحقاق ؟

ولكن الأصحاب قالوا : إذا ثبت دينٌ ، ففي سقوطه بالملك الطارىء خلاف . فإذا ثبت الدين لغير المالك ، ثم انتقل إلى المالك ، فيخرج هذا على الخلاف ؛ فإن أصل الدين ثبت^(١) .

فهذا هو المنتهى في ذلك ، نقلاً وتنبهاً .

وكان القول فيه يتعلق بأن العبد له ذمة ، ولا احتكام للسيد عليه فيها . وإنما منعنا معاملة السيد عبده القن ، من جهة أنا لا نرى للعبد استمکان الخروج عما نقدره لازماً ، والرق لا نهاية له . فإذا فرض للدين ثبوت في جهة ، فكأنهم على وجه لا يستبعدون^(٢) انتقاله إلى السيد بعد ارتباطه بالذمة ، كما لا يستبعدون^(٢) بقاء الدين إذا طرأ الملك .

وكل ما ذكرناه فيه إذا جنى المرهون على طرف ابن الراهن ثم مات بسبب آخر .

٣٦٦٨- فأما إذا قتل المرهون ابن الراهن ، فإن كان القتل موجباً للقصاص ، فقد مضى القول في القصاص ، ووضح أنه لا دفع له إذا أرادته مستحقه ، وإن كان القتل خطأً ، رتب الأئمة القول في ذلك على اختلافٍ سيأتي في الديات ، في أن الدية تجب

(١) كذا في النسخ الثلاث . ولعلها (ثابت) . ومن المفيد مراجعة المسألة في فتح العزيز بهامش المجموع : ١٥٢/١٠-١٥٤ ، وكذلك في روضة الطالبين : ١٠٤/٤ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت ٢) .

للقتل أولاً ، ثم تنتقل إلى ورثته ، أم تجب ابتداءً للورثة . قالوا : إن قلنا : تجب للورثة ابتداءً ، فلو أثبتناها ، لأثبتناها للسيد الوارث ابتداءً . وهذا لا سبيل إليه ، فلا يثبت له حق فك الرهن .

وإن قلنا : الدية تثبت للمقتول ، ثم تنتقل إلى ورثته ، فهذا في الترتيب كأرش الطرف ، إذا ثبت للابن ، ثم مات بسببٍ آخر . وقد فصلنا هذا .

٣٦٦٩- ولو جنى العبد المرهون على عبد الراهن تصوّرت مسائل عند ذلك : إحداها - ألا يكون ذلك العبد المجنّي عليه مرهوناً ، فحكمه حكم ما لو جنى على نفس الراهن . أمّا القصاص ، فإلى المولى ، وأما المال ، فلا يثبت كما مضى .

ومن المسائل أن يجني العبد المرهون على عبد آخر للراهن مرهون عند إنسان آخر ، أما القصاص ، فكما مضى . وإن كانت الجناية مالية ، أو آل الأمر إلى المال ، ش ١٨٦ فقد تحقق اعتراض على حق المرتهن الذي قُتل العبد المرهون عنده / ، فإن كانت قيمة العبد القاتل مثل قيمة المقتول ، أو أقلّ منها ، بعناه ، ووضعنا ثمنه رهناً بدل العبد المقتول . وإن كانت قيمة الجاني أكثر ، فنيع منه قدر قيمة المقتول ، ونضعه رهناً ، وإن كان التشقيص يتضمن تعييباً ، ففي بيع بعضه إبطال حق المالك ، وفيه أيضاً إبطال حق المرتهن الذي جنى العبد المرهون عنده . فإذا رضي المالك ، ومرتهن الجاني ببيع كلّ ، بعناه ، وصرفنا مقدار قيمة المقتول إلى مرتهن المقتول ، وجعلناه رهناً عنده ، وتركنا الباقي عند مرتهن الجاني .

وإن قال مرتهن الجاني : لست أرضى ببيع الفاضل منه عن قدر القيمة ، وقال المالك : لست أرضى بتنقيص ملكي بسبب الشقيص . وقد يفرض هذا على العكس بأن يرضى المالك بالتشقيص ، ولا يرضى المرتهن ، فالذي يدل عليه كلام الأصحاب أنّا نرعى المصلحة ولا نبالي بمن يحيد عنها ؛ فإن المالية هي المقصودة ، فإذا اجتمع اعتبار المالية ، وحق الاختصاص بالغير ، فالمالية أولى بالرعاية ، وإذا لم يكن بد من إجابة أحدهما واستحال الجمع ، فلا فرق في تقديم جانب على جانب ، إلا رعاية المصلحة .

٣٦٧٠- ومن تمام البيان في ذلك أن قيمة الجاني لو كانت مثل قيمة المقتول ، وكنا نفك الرهن بسبب مرتهن المقتول ، فلو قال الراهن لمرتهن المقتول : لا غرض لك في بيع هذا العبد ، فاكثف برقبته ، حتى أفك رهن مرتهن الجاني ، وأنقلَ حقك إلى رقبته ، فإن رضي بذلك مرتهنُ المقتول ، جاز وفسخ الرهن في حق مرتهن الجاني ، ولا مجال له في المناقشة في هذا ؛ فإن حقه إذا كان يرتفع ، فتعلقه باستدعاء البيع فضول .

أما مرتهن المقتول إذا قال : لست أبغي هذا العبدَ ، فبعه ، وضع ثمنه رهناً ، فهل يجاب إلى ذلك ؟ ذكر شيخني وصاحب التقريب وجهين في هذا : أحدهما - أنه لا يباع ؛ فإن حقه عاد إلى المالية ، والعبد الجاني قد تعلق الأرش برقبته ، فهو أقرب من قيمته . والوجه الثاني - أنه يجاب فيباع ؛ فإنه يقول : كان حقي في رقة العبد الذي قتل ، فإذا قتل ، فحقي في قيمته ، فلا أرضى إلا بها .

ولا خلاف أنه لو أتى بعبدٍ آخر ، وأراد أن يُجبر المرتهن على قبوله رهناً ، بدل العبد المقتول ، لم يُجبر المرتهن على قبوله ؛ فإنه ليس قيمة ، ولا متعلق قيمة والعبد الجاني قد تعلق القيمة برقبته .

ولم نطوّل الفصل بذكر القتل الواقع عمداً ، مع تصوير العفو مطلقاً ، أو على مال . وتخريجه على اختلاف الأقوال ، ولكنا نذكر قولاً وجيزاً ، فنقول : إذا ثبت حق القصاص للراهن على العبد المرهون ، وكان قتل عبداً آخر مرهوناً عند آخر ، فإن أراد الاقتصاص ، فلا منع ، وإن أراد العفو على مالٍ ، ثبت المال ، وتعلق به حق مرتهن المقتول . وإن عفا على غير مال ، فهو في العفو على غير مالٍ كالمفلس يعفو عن قصاصٍ ، ثبت له على غير مالٍ ، والديون محيطّة والحجر مطرد ، وذلك لأن الراهن محجورٌ عليه حجرَ خصوصٍ في المرهون ، كما أن المفلس محجور عليه . وتفصيل هذا يأتي في كتاب الجراح ، إن شاء الله تعالى .

وكل ما ذكرناه فيه إذا قتل عبد مرهونٌ عبداً آخر لذلك الراهن ، وكان مرهوناً عند رجل آخر .

٣٦٧١- فأما إذا رهن رجل عبيدين عند آخر ، فقتل أحد العبيدين الآخر ، فإن كانا مرهونين بدين واحد ، فقد فات العبد الذي مات ، والعبد الباقي مرتهنٌ بجميع الدين ، ولا حاجة إلى تكلف نقل ، وكنا هلكذا نقول لو مات أحدهما حتف أنفه .

ي ١٨٧ فأما/ إذا رهن كل واحد من العبيدين بدينٍ مغاير للدين الآخر . فإذا قتل أحد العبيدين الثاني ، وقال المرتهن للراهن : قرّر الدينَ المتعلقَ برقبة القاتل ، وانقل إلى رقبة الدين الذي كان متعلقاً برقبة العبد الذي قُتل ، فلسنا نجيبه إلى ذلك . اتفق الأصحاب عليه ، فليقطع الناظر إمكان ذلك عن فكره ؛ والسبب فيه أنه ما لم يفك عن الرهن المتعلق به ، لا يتصور ربط دين آخر به .

هكذا سبيل اعتراض الجنایات على المرهون . فإذا أردنا تقريرَ الرهن الأول ، ونقل الدين الثاني ، لم يكن ذلك على مقتضى تأثير الجنایة في الرهن .

فإذا ثبت هذا ، نظرنا بعده ، وقلنا : إن كان [الدين] ^(١) المتعلق بالقاتل أكثر من الدين الذي كان متعلقاً بالمقتول ، فلا فائدة في نقض ^(٢) رهن القاتل ، ونقل رهن المقتول إليه ، وليقع الفرض فيه إذا استوى الدينان في التأجيل والتعجيل ، كذلك إذا استوى مقدار الدينين مع ما ذكرناه . فلا غرض ، فإذا استدعى المرتهن النقل ، لم نسعه واعتقدناه ملتصقاً شيئاً غير مفيد .

نعم لو قال : يبيعوا هذا الجاني ، وضعوا قيمته رهناً ؛ فإنني لا آمنه ، وقد يبدر منه ما بدر ، والقيمة أبعد عن قبول الآفات من العبد ، فهل يجاب لهذا الغرض إلى ما يريد ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال : نجيبه إلى مهواه ؛ فإنه ذكر غرضاً صحيحاً ، وقد حدث ما يوجب تغييراً على الجملة . والثاني - أنا لا نجيبه كما لو ارتهن عبداً ، فبدر منه هنة قرّبت منه الهلاك ، فقال : بيعوه أثق بثمنه ^(٣) ، لم نجبه إلا أن يمرض مرضاً يخاف موته ، فيلحق التفصيل بالمطعوم الذي يُسرّع الفساد إليه . وقد مضى .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : نقل .

(٣) في (ت ٢) : وأبق ثمنه . وأثق بثمنه : أي اتخذ ثمنه وثيقة .

فإن قلنا : لا نجيب المرتهن في مسألة الجناية ، فلا كلام .

وإن قلنا : نجيبه ، فنضع ثمنه إذا بعناه رهناً بالدين الذي كان متعلقاً برقبة المقتول . هكذا يقع^(١) الأمر ، وإن كان الغرض لا يختلف في المقدار والحلول والتأجيل ، حتى لو كان الدين المتعلق بالقاتل أكثر ، لم نجعل ثمنه رهناً إلا بالدين الأقل ؛ فإن بيع العبد بسبب الجناية ، مع تبقية القيمة في ذلك الرهن بعينه محال .

ولو اختلف الجنس وكان أحدهما دنائير والآخر دراهم ، ولكن المقدارين متساويان في المالية ، وكانت الدراهم بحيث لو قومت بالدنانير ، لبلغت قيمتها مبلغ الدنانير ، التي هي أحد الدينين ، فليس اختلاف الجنس من اختلاف الغرض . ولو كان الدينان متفاوتين بالحلول والتأجيل ، فهذا من الأغراض ، ولا فرق بين أن يكون دين المقتول مؤجلاً أو حالاً ؛ [إذ]^(٢) في الحال غرض ليس في المؤجل ، وفي المؤجل غرض ليس في الحال ؛ فإن القاتل لو كان رهناً بالحال ، نقلنا^(٣) إلى المؤجل ليتوثق ، ويستوفى الحال في الحال . وإن كان القاتل رهناً بالمؤجل ، نقله إلى الحال ، فيبيعه فيه . وهذا غرض ظاهر .

ومبنى المسألة على اتباع الغرض . فإن لم يكن في النقل غرض ، فلا نقل إلا في استدعاء جواز البيع ؛ فإن فيه اختلافاً ذكرته .

وإنما ينتظم ذكر الأغراض إذا فرعنا على أنه لا يجاب إلى بيع القاتل إذا لم يلح غرض غير البيع .

ثم ذكر الشافعي إقرار العبد المرهون بما يوجب القصاص ، وبما يوجب المال ،

وقد تقدم القول فيهما ، وذكرنا التفصيل فيه إذا/ أقر بما يوجب القصاص ، وقبلنا ١٨٧ ش إقراره في العقوبة ، فعفا المقر له على مال .

(١) ساقطة من (ص) ، (ت ٢) .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) كذا بدون ذكر المفعول (أعني المنقول) . فهو مفهوم من الكلام .

٣٦٧٢- ثم قال : « فإن كان السيد أمر العبد بالجناية . . . إلى آخره »^(١) .

إذا رهن عبداً وأقبضه ، ثم أمره بالجناية ، فإن كان مميزاً ، ولم يصدر من السيد إكراه ، فلا أثر لأمره ، فيما يتعلق بأحكام الجناية ، وحكم الجناية الصادرة عن أمره كحكم الجناية التي يستبدّ بها . وإن كان غير مميز ولكن كان أليفاً لاتباع أمر سيده إلف السبع [لمن]^(٢) يقوم عليه ، وكان يسترسل في الجناية عند الأمر طبعاً ، استرسال السبع عند الإشلاء^(٣) والإغراء ، فإذا أشار السيد إلى مثل هذا العبد ، فانطلق ، وقتل إنساناً ، أما السيد فحكمه حكم المكره على القتل ، وأما العبد ، فلا شك أنه لا يتعرض لاستحقاق عقوبة ولا تمييز له ، فالعقوبة على المكلف ، وفي تعلق الأرض برقبة مثل هذا العبد وجهان مشهوران : أحدهما - أنه يتعلق برقبته بصدور عين الفعل منه . والثاني - لا يتعلق برقبته ؛ فإنه كالألة المرددة ، وكالسبع يغيره القائم عليه ، ثم لا يتعلق برقبة الفهد المغرئ شيء ، كما لا يتعلق بالسيف والأسلحة .

ولو أكره السيد عبده المختار على الجناية ، ففي المكره قولان ، وتفصيل طويلة ستأتي في كتاب الجراح ، إن شاء الله تعالى .

وقدر غرضنا منها أنا إن جعلنا المكره كالألة ، ولم نعلق به غرضاً ، ولا عقوبة ، فلا يمتنع أن نخرج المسألة فيه على وجهين ، في أن الأرض هل يتعلق برقبته أم لا ؟ كما ذكرناه في العبد الأعجمي^(٤) ، ولا يبعد أن يرتب ، ويجعل المكره أولى بأن يتعلق برقبته من قبل أن التكليف ليس منقطعاً عنه ، وإن كان مكرهاً على القتل ، فتأثيمه من أحكام ثبوت اختياره ، وليس كالعبد الأعجمي .

وحقائق هذه الفصول تأتي في الجنيات ، إن شاء الله تعالى .

(١) ر . المختصر : ٢١٥/٢ .

(٢) في النسخ الثلاث : « لم » والمثبت تقدير منا لا يستقيم الكلام إلا به .

(٣) الإشلاء : الإغراء ، يقال : أشلى الكلب على الصيد : أغراه به ، وأطلقه عليه (معجم) .

(٤) المراد العبد الذي يألف سيده إلف السبع . والذي ذكره آنفاً .

فَضْلُكَ

قال : « ولو أذن له ، فرهنه ، فجنى ، فبيع في الجناية ، فأشبه الأمرين أنه غير ضامن ، وليس كالمستعير الذي منفعتة مشغولة . . . إلى آخره » (١) .

٣٦٧٣- إذا استعار رجل عبداً من مالكة ليرهنه بدين عليه ، فقد أطلق الأصحاب أنه إذا رهن العبد المستعار بإذن مولاه ، فالرهن جائز . ثم قالوا في حقيقة هذا الرهن قولان : أحدهما - أنه يُنحى به نحو الضمان . والثاني - أنه يُنحى به نحو العارية ، فنيين القولين ، ثم نوجههما ، ثم نفرّع عليهما .

أما بيانهما : فمن قال : سبيله سبيل الضمان ، فتقديره أنه إذا أذن للمستعير أن يلزم رقبة العبد المستعار مالاً ، وسيد العبد وإن كان بريئاً عن دين المستعير ، فلو ضمنه ، لصار ملتزماً ماله . فهذا في حكم ضمان في عين العبد ، ومالك العبد متبرع به ، تبرّع الضامنين بإنشاء الضمان .

ومن قال : يجري مجرى العارية ، فمعناه أن المستعير ينتفع بمنافع المستعار ، فكأنه جعل التوثق برقبته انتفاعاً به ، فهذا معنى جريانه مجرى العواري .

٣٦٧٤- توجيه القولين : من نزل منزلة الضمان ، فوجهه أن المالك بريء عن دين المستعير ، وإذا ثبت الرهن وانبرم بالقبض ، فموجه اللزوم ، ولا وجه للزوم الدين في حق البريء عنه إلا الضمان ، غير أن المالك يتصرف في ذمته ، ويتصرف في أعيان ملكه ، ثم ملك أن يلزم ذمته البريئة دين الغير بطريق الضمان ، فيملك أن يلزم رقبة ماله دين الغير متبرعاً ، وهو في الوجهين متصرف في محل تمكنه وملكه ، غير أنه إن ضمن ، فلا/ تعلق للمضمون بماله ، وإذا علق الدين بماله ، فلا تعلق له بذمته .

١٨٨ ي

ومن قال : يُنحى به نحو العارية ، فوجهه أن الضمان محلله الذمة ، فلا يتعلق الملتزم بعين قط ، وهذا الحق يتعلق بالعين ، وراهنه مستعير ، فالرهن عارية في جهة مخصوصة .

ونصَّ الشافعي مردّدً بين القولين ، فإنه قال : « فأشبه الأمرين » ، فكان هذا ترديداً . ثم قال : « وليس هذا كالمستعير » ، ففي نصه تردد ، وصغوه إلى قول الضمان .

أمّا التفرّيع ، فقد اختلفت الطرق ، وتباينت المسالك . والسبب فيه ميلُ هذا الأصل عن قياس القواعد ، وبعده عن الأفهام ، فلا يكاد يحيط بأطراف المسألة إلا فقيه موفق .

٣٦٧٥- فأول ما نصدّر الكلام به بعد ذلك أن العراقيين حكّوا عن ابن سريج أنه قال : إن جعلنا الرهن مشبهاً بالضمان ، فهو صحيح ثابت . وإن قلنا : يُنَحَى به نحو العواري ، فالرهن غير صحيح ؛ فإن من حُكِم الرهن أن يلزم بالقبض ، والعارية لا تلزم . فلا وجه لجمع حكميهما النقيضين . ولكن كأن المعير وعد المستعير أن يرخص له في بيع المستعار ، وصرف ثمنه إلى دينه ، وليس بينهما إلا موعد ورجاء . فإن وفي فحسن ، وإن أخلف ، فله ذلك .

وهذا قريب في القياس بعيد في الحكاية . وسيكون لنا في أثناء الفصل إلى هذا عودة مقرونة بتنبيه . فليقع التفرّيع على صحة الرهن . فالتفاريع نخرّجها على القولين ، فنذكر من قضايا الفصل أحكاماً ، ونفترّع كل حكم على القولين ، وإذا نجزت ، تعدّينا إلى حكم آخر ، حتى نأتي على أطراف المسألة .

٣٦٧٦- فالذي أرى تقديمه القول في لزوم هذا الرهن . فإن فرّعنا على قول العارية ، فالذي ذكره القاضي أن للمعير أن يرجع عن إذنه قبل جريان الرهن ، وله أن يفسخ الرهن بعد جريانه ، وقبل اتصاله بالقبض ، فإذا اتصل بالقبض ، لم يملك المعير فسّخ الرهن ، والرجوع في العارية ؛ فإنه لو ملك ذلك ، لم يكن لهذا الرهن معنى ، ولم تحصل به الثقة .

ومن دقيق ما ينبغي أن يتأمله الناظر في هذه التفاريع الفرق بين المستعير وبين المرتهن ، فالعارية متمحضة على قول العارية ، في حق المستعير ، فأما المرتهن ، فليس مستعيراً وإذا لم يكن مستعيراً ، وجب أن تثبت له خاصية الرهن ، وهي وثيقة ،

ولا وثيقة من غير ثقة ، ولا ثقة مع إمكان الرجوع ، ورب عارية تُفضي إلى اللزوم ؛ فإن من استعار بقعةً ليدفن فيها ميتاً ، فدفن ، لم يجز نبشه ، إلى غير ذلك من نظائر ستأتي إن شاء الله تعالى .

وقطع صاحب التقريب والشيخ أبو محمد ، والأثبت من أصحاب القفال أن الرهن لا ينتهي إلى اللزوم على قول العارية ؛ والمعير متى شاء رجع ، واسترد ، وإن اتصل الرهن بالقبض .

وذكر صاحب التقريب وجهين في صورة : وهي أنه لو كان الدين مؤجلاً ، قال : يجوز له أن يرجع بعد حلول الأجل . وهل له أن يرجع قبل حلول الأجل ؟ فيه وجهان : أحدهما - يجوز ، كما لو كان حالاً ، [إذ]^(١) لم تلزم العارية .

والثاني - يجوز ؛ لأنه أقت إذنه ، ورُبط به شيء فصار كما لو أعار للغراس إلى مدة .

هذا بيان اختلاف الطرق على قول العارية .

٣٦٧٧- فأما إذا فرعنا على قول الضمان ، فإذا اتصل الرهن بالقبض ، لزم على هذا القول ؛ ولم يملك المعير الانفراد بالرجوع . وهذا على هذا القول متفق عليه بين الأصحاب .

ولو أراد المعير الرجوع بعد الرهن ، وقبل القبض ، ملك . فإن قيل : لم كان كذلك ؟ وهلا ثبت الضمان لازماً في حق المعير بنفس عقد الرهن ؟ قلنا : لا شك أن ١٨٨ ش المستعير يتخير قبل الإقباض في فسخ الرهن ، فإذا لم يلزم الرهن في حقه ، وعليه الدين ، فكيف يلزم في حق المعير . والتحقيق فيه أن الرهن إذا تم ، حل محل الضمان ، ولا يتم إلا إذا اتصل بقبض .

والذي يظهر سرّ هذا الفصل في هذا المقام أن الذين صاروا إلى أن الرهن لا ينتهي إلى اللزوم على قول العارية ما نراهم يُثبتون من الرهن إلا اسماً ولقباً . وعندي أن مذهبهم موافق لما حكاه العراقيون عن ابن سريج ؛ فإن الرهن إذا كان لا يلزم ،

(١) في الأصل : إذا .

ولا يملك الراهن المستعير بيع الرهن في دينه كما سنذكره ، فلا أثر للحكم بصحة الرهن ، ويؤول القول فيه إلى وعد مجرد .

٣٦٧٨- ومما نفرعه أنا إذا قلنا : هذا عارية ، وحل الحق أو وقع الرهن بدّين حالاً أولاً ، فلو أراد المستعير بيعه وصرف الثمن إلى دينه ، من غير مراجعة مالك العين ، لم يجد إليه سبيلاً ، فلا يبيعه إلا بإذن مجدد ، صرح بهذا معظم الأصحاب . ورمز به آخرون .

وإن فرعنا على قول الضمان ، فلا يملك المستعير الانفراد بالبيع أيضاً ما وجد اقتداراً على أداء الدين من ماله ، فإن أفلس ، ولم يجد ما يؤدي به دينه ، فباع المرهون في دينه وإن سخط المعير .

فانتظم من هذا أنا إذا فرعنا على قول العارية ، فلا سبيل إلى البيع في اليسار والإعسار إلا بإذن مجدد ، ونفس الإذن في الرهن لا يكون إذناً في البيع . وإن فرعنا على قول الضمان ، لم يجز البيع إلا عند العجز عن الأداء . فإذا تحقق ، لم نرع رضا المالك المعير . وما ذكره من التفريع على قول العارية يؤكد تخريج ابن سريج ، ويوهي الحكم بصحة الرهن ، فليتنبه الناظر لما يمرّ به .

وقياس طريق القاضي إذا حكم بلزوم الرهن على قول العارية أن يجوز بيع الرهن عند الإعسار من غير مراجعة ، كما يجوز ذلك على قول الضمان . هذا قياسه . ولكن لم يتعرض له صريحاً .

٣٦٧٩- ومما نفرعه القول في أن المعير هل يجبر المستعير على فك الرهن ؟ أما من قال : لا يلزم الرهن على قول العارية ، فلا فائدة لهذا ، والمعير مستبد^(١) بالرجوع متى شاء .

وإن ألزمت الرهن على قول الضمان ، اتجه إجبار المعير المستعير على فك الرهن . [قال القاضي : إن كان الدين حالاً ، ملك المعير إجبار المستعير على فك الرهن]^(٢) ،

(١) في (ص) : مستند .

(٢) ساقط من الأصل .

سواء قلنا : إنه عارية ، أو ضمان وليؤدّ الدين من ماله . ولا شك أن هذا في حالة يساره . وإن كان الدين مؤجلاً ، قال : خرج الإيجار على الفك على القولين : فإن قلنا : الرهن عارية ، ملك إيجار المستعير على الفك ، فأثر العارية عند القاضي يظهر في الدين المؤجل ، وكأنه جعل الإيجار على الفك من آثار العواري .

وإن قلنا : الرهن ضمان ، فلا يملك إيجار المستعير على الفك ، كما لو ضمن ديناً مؤجلاً ؛ فإنه لم يملك إيجار الأصيل المضمون عنه على تبرئة ذمته بأداء ما عليه من الدين .

ولو كان الدين حالاً ، فقد نقول : يملك الضامن بإذن المضمون له إيجار المضمون عنه على أداء ما عليه حتى يبرأ الضامن .

فإن قيل : أليس ذلك مختلفاً فيه ؟ قلنا : نعم اختلف الأصحاب في أن من ضمن ديناً بإذن من عليه الدين ، فهل يملك إيجاره على أداء ما عليه ؟ فإن قيل : هلاً خرجتم الرهن في قول الضمان على هذا الخلاف ، حتى تحكموا بأن إيجار المستعير على فك الرهن والدين/ يخرج على وجهين ؟ قلنا : بين المسألتين فرق ؛ وذلك أن الضامن قبل ١٨٩ ي أن يغرم ليس عليه بأس إلا تعلق الدين بذمته ، وليس كذلك ما نحن فيه ؛ فإن العبد المستعار مشغل بوثيقة الرهن ، فكان هذا شبيهاً بأداء^(١) الضامن ما ضمنه ، ولو أداه يرجع به على المضمون عنه إذا كان الضمان مأذوناً فيه ، وهذا مضموم^(٢) إلى العلم بأن الرهن ليس ضماناً محضاً ، وهو مشوب نقصاً بالعارية^(٣) وكان حقيقة الخلاف راجع إلى أن المغلّب حكم الضمان أو حكم العارية^(٣) ومن طلب من المشوبات مقتضى التمتع ، لم يكن على بصيرة .

٣٦٨٠- ومما نفرعه أن العبد المستعار المرهون لو مات في يد المرتهن ، فحكم الضمان مفرّع على القولين : فإن أجرنا الرهن مجرى العارية ، وجب ضمان القيمة على المستعير ؛ فإن العارية مضمونة .

(١) في (ص) : شبيهاً بإذن الضامن ، (ت ٢) : سببها بإذن الضامن .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : مضمون .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

وإذا قلنا : سبيله سبيل الضمان ، فلا ضمان . فإن قيل : هلا جعلتم تلف العبد على حكم المستعير ، بمثابة تلف مالٍ في يد إنسانٍ قد أخذه ليصرفه إلى دينه ؟ قلنا : ذلك اقتراض في الحقيقة ، وما نحن فيه تعليق برقبة العبد ، والأداء منه مرقوب ، فإذا فرض التلف ، فلا ضمان ، قال القاضي : إذا ضَمَّنَا المستعيرَ على قول العارية ، فلا ضمان على المرتهن ؛ فإنه ليس مستعيراً ، وإنما المستعير هو الراهن ، والمرتهن يمسكه رهناً ، لا عارية . وهذا حسن منقاس .

وإذا فرع مفرع على قول ابن سريج ، ففي تعليق الضمان بالمرتهن نفسه ترددٌ ، والظاهر أن لا ضمان عليه .

٣٦٨١- ومما نفرعه جناية العبد المستعار ، فإن حكمنا بأن الرهن ضمان ، فلا يجب على المستعير ضمان أرش الجناية ؛ فإن يد المستعير على هذا القول ليست يد ضمان ، فما الظن على اليد المتفرعة على يده .

وإن قلنا : الرهن عارية ، فید المستعير يد ضمان ، فهل يضمن أرش جناية العبد المستعار ؟ فعلى وجهين مبنيين على أن العارية تُضمن ضمان الغصوب أم لا ؟ فإن قلنا : تضمن^(١) ضمان الغصوب ، فيضمن أرش جناية العبد ؛ قياساً على العبد المغصوب يجني في يد الغاصب . وإن قلنا : لا تضمن العارية ضمان الغصوب ، فلا يضمن المستعير أرش الجناية ، والأقيس الوجه الأول . وهذا موضع نص الشافعي في المسألة ، فإنه قال : « لو أذن له ، فرهنه ، فجنى ، فأشبه الأمرين أنه غير ضامن ، وليس كالمستعير » ، فالنص دليل على أن التفريع على قول الضمان . وفيه دليل على أن المستعير يضمن أرش جناية المستعار ؛ فإنه قال : « وليس كالمستعير » .

٣٦٨٢- ومما يتفرع على القولين أن العبد إذا بيع في دين المستعير إما بإذن مجرد ، أو^(٢) بتصوير الاضطراب من المستعير فبماذا الرجوع ؟ وكيف السبيل ؟ لا شك أن

(١) في (٢) : إنها لا تضمن .

(٢) في (ص) ، (٢) : وبتصوّر الاضطراب .

المستعير إذا صرف ثمنَ العبد إلى دينه ، حيث يصح ذلك ، فالسيد يرجع على المستعير ، فإنَّ بيعَ بمقدار قيمته ، فلا كلام .

وإن كانت قيمته ألفاً واتفق بيعه بألفٍ ومائة ، فمالك العبد بكم يرجع على المستعير إذا صرف الثمن كاملاً في دينه ؟ هذا ينبنى على القولين : فإن قلنا : الرهن ضمان ، فالرجوع على المستعير بالثمن بالغاً ما بلغ ، ووجهه بين . وإن فرعنا على قول العارية ، فالرجوع على المستعير بكم ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يرجع عليه بالثمن أيضاً ، وهو قياس بين . والثاني - أن المعير يرجع على المستعير بالقيمة ، ولا يجد مرجعاً بالمائة الزائدة عليها ؛ فإن العارية سبيلُ ضمانها القيمة ، فلا يرجع المعير إلا بها ، ولا يرجع بالزائد عليها .

وهذا ضعيفٌ في القياس ، ولا أصل لاستبداد المستعير/ بالزائد على القيمة ، وهو ١٨٩ ش من ثمن ملك المعير ، ولم يجز ما يتضمن اختصاصَ المستعير به . وهذا الوجه على ضعفه لم يَحْكِ القاضي على قول العارية غيره .

ومما يتفرع على القولين أن العبد المستعار لو كانت قيمته العدل مائة ، فبيع بمائة إلا ديناراً^(١) أو أكثر ، ولم ينته النقصان إلى مبلغٍ يعد غبناً ، بل كان مقدراً يتغابن الناس في مثله . فإذا جرى ذلك ، وصرفه المستعير إلى دينه . فإن قلنا : الرهن ضمان ، لم يرجع المعير على المستعير إلا بمقدار الثمن . وإن قلنا : الرهن عارية ، رجع المعير بالقيمة الكاملة ، وهي المائة ، ولم يحط القدر الذي يتغابن في مثله .

٣٦٨٣- ومما نفرعه أنا إذا قلنا : الرهن عارية ، فلا حاجة إلى إعلام القدر الذي سيقع الرهنُ به ، ويكفي أن يستعير عبده مطلقاً ، ويستأذنه أن يرهنه ولا يشترط أن يُبين جنسَ ما يقع الرهن به ، وقدره ، ولا كونه حالاً أو مؤجلاً .

وإن قلنا : الرهن ضمان ، فلا بد من إعلام الجنس ، والقدر ، والتعرض لبيان

(١) كذا في النسخ الثلاث (دينار) غير منصوبة ، وقد سبق نظير لذلك ، وأشرنا في تعليقنا إلا أنه لا وجه له إلا ما جاء بالرفع في روايةٍ للحديث الشريف : « كل أمتي معافى إلا (المجاهرون) » ! . . ؟

الحلول والتأجيل ؛ فإن الإعلام شرطٌ في صحة الضمان .

وإذا قلنا : إعلام هذه الأشياء ليس بشرط على قول العارية ، فلو نصَّ المعير على شيء منها ، لم يكن للمستعير أن يخالفه ، ويزيد ، وإن كان يجوز إطلاق الإذن من غير إعلام ، وذلك لأنه إذا أمر ، وقدر ، فيجب إيقاع أمره ؛ فإنه المستند والمعتمد في الباب .

ومن ذلك أنا على قول العارية ، لا نشترط أن يعين المعير من يرهن منه المستعار ، بل يجوز إجراء الإذن فيه على الإطلاق ، فلو عيّن المعير شخصاً ، فلا يجوز للمستعير أن يرهنه من غيره ؛ لما ذكرناه من وجوب اتباع الأمر . ولو قال المستعير : [أرهنه]^(١) من فلان ، فكان التعيين من [جهته]^(٢) ، ولم يصدر من المعير اقتراح فيه ، ولكنه نزل الإذن على حسب التماس المستعير ، فالذي يقتضيه الرأي أن من عيّن المستعير يتعين ، وإن لم يعين المعير بتعيينه ابتداءً ؛ فإن كلام المعير مبني على كلام المستعير منزل عليه .

ولو فرعنا على قول الضمان ، فعين المعير شخصاً ، ولم يرض أن يرتهن غيره ، فلا مَعْدِل عنه . وإن أطلق ، ولم يتعرض لتعيين المرتهن والتفريع على قول الضمان ، ووجوب الإعلام ، فهل يصح الإذن على هذا الوجه مطلقاً من غير تعيين من يرتهن ؟ فعلى وجهين ذكرهما صاحب التقريب : أحدهما - أنه لا يصح الإذن مع الإطلاق في ذكر المرتهن ، حتى يُعَيَّن . والثاني - لا حاجة إلى ذلك ، والمستعير يرهنه ممن شاء .

وهذا الخلاف ينبني على تردد الأصحاب في أنا هل نشترط في صحة الضمان أن يكون المضمون له معلوماً أم لا ؟ ثم قال الأصحاب : لا يجوز للمستعير أن يخالف المعير فيما رسم له ؛ فإن أصل أمره على اتباع الإذن ، حتى لو أذن في الرهن بدراهم ، لم يجوز الرهن بالدنانير . [وكذلك القول في عكس هذا . ولو أذن في الرهن بالحال ،

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في الأصل : جهة .

لم يرهن بالمؤجل^(١) . وكذلك لو أذن في الرهن المؤجل ، لم يرهن بالحال .
والأغراض تختلف بالحلول والتأجيل ، ولا يكاد يخفى تقريره ؛ فيجب اتباع مراسم
المعير المالك .

٣٦٨٤- ولو قال للمستعير : أذنت لك في أن ترهنه بمائة ، فلو رهنه بخمسين ،
جاز ذلك ، ولا يعد النقصان في المقدار مخالفةً ، بل إذا نقص ، فقد زاد بالنقصان
خيراً وحطاً وبالاً وضراً ؛ فهو بمثابة ما لو قال مالك المتاع لوكيله : يع هذا العبد
بألف ، فلو باعه الوكيل بألفين ، صح ، ولا مرد لتلك / الزيادة ، والرجوع في أمثال ١٩٠ ي
هذا إلى العرف ، ومعلوم أن هذا لا يعد مخالفةً ، بل يعد موافقةً . وسنذكر تحقيق
هذا في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالى .

ولو قال المعير : ارهنه بألف ، فرهنه بألفين ، فالزيادة مخالفة ، ثم قال معظم
الأصحاب : إذا خالف وزاد ، لم يصح الرهن في مقدار الموافقة أيضاً ؛ لأنه بنى صيغة
العقد على مخالفة المالك ، فلم يصح .

وخرج صاحب التقريب قولاً آخر : أن الرهن يصح في المقدار الذي عينه المعير ،
ورضي به ، والزيادة مردودة . وزعم صاحب التقريب أن هذا يخرج على اختلاف
القول في تفريق الصفقة ؛ فإنه جمع بين ألف لا إذن فيه ، وبين ألف مأذون فيه ، فإذا
بطل العقد في الألف الزائد ، ففي الميزان الخلاف الذي ذكرناه .
وهذا لم يصححه المحققون ، ورأوا القطع ببطالان الرهن .

ولا خلاف أن من وكل إنساناً ببيع عبد ، واقتضى مطلق التوكيل البيع بثمن المثل ،
فلو باعه بغبن ، فالبيع مردود . ولا يقال : نصح البيع في مقدار من العبد يكون الثمن
قيمة عدل له ، ونحذف جزءاً من العبد عن مقتضى العقد . وتقدير الزيادة في المبيع
كتقدير الزيادة في الثمن إذا وقعت الزيادة على موجب المخالفة .

٣٦٨٥- ثم قال القاضي : لو جرى الرهن ، واتصل بالقبض ، ثم إن المالك المعير

أعتق عبده ، فننفوذ عتقه يخرج على القولين ، فإن قلنا : الرهن ضمان ، فالعتق ينفذ ، وإن قلنا : إنه عارية ، فإعتاقه إياه بمثابة إعتاق الراهن المالك العبد المرهون ، وفيه الأقوال المعروفة . وهذا خرجه القاضي على طريقة في الحكم بلزوم الرهن على قول العارية ، ثم رأى الرهن على قول العارية رهنًا محضاً في حق المرتهن لازماً ، ورآه على قول الضمان غير متأكد في التعلق بالرقبة . ومعظم الأصحاب على مخالفته في ذلك ؛ فإنهم ضعفوا الرهن وحكمه على قول العارية ، وألزموه وأكدوه على قول الضمان . وما ذكره جارٍ على قياسه . ولكن في قطعه بنفوذ العتق على قول الضمان كلام . والوجه عندنا تنزيل العبد على قول الضمان منزلة العبد الجاني الذي تعلق الأرش برقبته . وقد فصلنا القول في بيعه ورهنه .

٣٦٨٦- ومما يتم به بيان الفصل أن القاضي سئل في التفريع على قول الضمان ، وقيل له : لو قال : مالك العبد : ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عبدي هذا ، فكيف حكم هذا ؟ فقال : إذا فرعنا على قول الضمان ، تعلق الدين برقبة العبد ، وكان بمثابة الرهن المستعار ، فإن شئنا قلنا : رهن العبد المستعار ضماناً في رقبته ، أو قلنا : الضمان في رقبته رهنٌ .

وهذا الذي ذكره حسن بالغ على الجملة ، ولكن فيه تفصيل ، فإذا قال مالك العبد لمستعيره : ارهنه بدينك ، فقد أنابه مناب نفسه في الضمان في رقبة عبده ، فاجتمع رضا المالك ، وإنشاء الرهن ، وقبول المرتهن . وإذا قال المالك : ضمنت ما لفلان عليك في رقبة هذا العبد ، ولم يوجد قبولاً من المضمون له ففي هذا ترددٌ . وظاهرُ كلام القاضي أن ذلك يكفي ، تفريعاً على أنه لا يشترط في الضمان رضا المضمون له .

ويجوز أن يقال : ذلك في الضمان المطلق الذي يرد على الذمم ، فأما ما يتعلق بالأعيان ، فلا بُد من تقريبه من الرهون ، وشرط صحتها القبول من المرتهن .

ويجوز أن يقال : إنما يفتقر إلى القبول إذا جرى على صيغة الرهن ، فأما إذا وقع الضمان مصرحاً به ، فلا حاجة إلى ذلك . وقد تختلف الشرائط باختلاف الألفاظ ،

ش ١٩٠ وإن اتحد المقصود ؛ فإن/ المذهب أن الإبراء لا يفتقر إلى القبول . ولو قال مستحق

الدين لمن عليه الدين : وهبت منك الدين الذي لي عليك ، فالأصح افتقارُ ذلك إلى القبول^(١) .

وقد نجز الكلام في رهن المستعار على أبلغ وجه في البيان .

فَضْلُكَ

[قال : « والخصمُ فيما جُني على العبد سيده . . . إلى آخره » .

٣٦٨٧- إذا جنى جانٍ على العبد المرهون ، فقد^(٢) قال الشافعي : « الخصمُ فيما جُني على العبد سيده ، فإن أحب المرتهن ، حصر خصومته ، فإذا قُضي له بشيء ، أخذه رهنًا »^(٣) . هذا لفظُ الشافعي . فنقول : إذا جُني على العبد المرهون جناية ، نُظر فيها : فإن كان موجبها مالٌ ، فقد تضمنت الجناية إتلافَ مالية ، وتضمنت فواتَ حق الوثيقة للمرتهن في ذلك الفائت ، فافتتاحُ الخصومة للمالك ؛ فإن الأصل هو الملك ، وحق الرهن متفرع عليه ، وإذا بدأ المالك الخصومة ، لم يزاحمه المرتهن ، فإذا ثبت حق الملك ، ابتنى عليه حقُ الرهن .

فإن قيل : لم لم تثبتوا للمرتهن حقَّ المخاصمة ، وهو يخاصم المالك ، وتدور بينهما الدعوى واليمين والرد ؟ قلنا : هو كذلك ، ولكن المالك في صورة الجناية أولى بالخصومة . وفي قيامه بها ثبوت حق المرتهن ، فإذا كان حق المرتهن لا يتعطل ، قدمنا المالك ؛ حتى قال المحققون : لو امتنع المالك من الخصومة ، انتهض المرتهن خصمًا ، وتوصل إلى ثبوت حقه ، وليس هذا كما لو افترضه^(٤) السائل من مخاصمة المرتهن المالك ؛ فإن تلك الخصومة لو تركها المرتهن ، والراهن على إنكاره ، لم يَقم فيها غيرُ المرتهن مقامه ، بخلاف ما نحن فيه . نعم لو ترك

(١) يشير إلى أن الإبراء وقع بلفظ الهبة ، فكان الأصح افتقاره إلى القبول رعاية للفظ الهبة .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٢ / ٢١٥ .

(٤) في (ت ٢) ، (ص) : « كما فرضه » .

المالك الخصومة ، فلا جرم نقول للمرتهن أن يخاصم حتى لا يتعطل حقه .

قال الشافعي : « ولو عفا المرتهن كان عفوّه باطلاً » . وتفصيل القول في هذا أن المرتهن لو أبرأ الجاني عن أرش الجناية ، فإبرأؤه باطل ؛ لأن الإبراء إنما يصح من مالكٍ مطلق التصرف ، والمرتهن ليس مالكا ؛ فلم يصح إبرأؤه .

٣٦٨٨- وتامم البيان في هذا الفصل ما نذكره ، فنقول : أطلق المراززة القول بأن أرش الجناية لا يتصف بكونه مرهوناً ؛ فإنه دين ، والديون لا تكون مرهونة ، كما قدمنا ذلك في صدر الكتاب ، وألحقوا مصير العين المرهونة بسبب الإتلاف ديناً في ذمة المتلف بانقلاب العصير خمراً ، ثم رأوا تفصيل المذهب إذا قبض الدين ، وتعين بالقبض ، كتفصيله إذا انقلبت الخمر خلاً .

وذكر العراقيون عن بعض الأصحاب أن الدين وإن كان لا يجوز تقديره مرهوناً ابتداءً ، فإذا استقر الرهن على عينٍ وجنى عليها جانٍ ، فالدين اللازم بسبب الجناية على العين مرهون ، وليس كالخمر ؛ فإن الدين مملوكٌ ، والخمر ليست مالاً ، والدين مترتب على عين ، حيث انتهى الكلام إليه ، ومصيره إلى عين ، إذا قُدر استيفاءه . هذا ما حكوه في ذلك .

ثم قالوا : إذا قال المرتهن : عفوت عن حقي من الوثيقة ، أو أسقطت حقي منها ، والمسألة مفروضة فيه إذا أتلّف الجاني المرهون ، فقال المرتهن قبل استيفاء الحق من الجاني ما قال ، فيسقط حقه ، وإذا استوفى الدين^(١) ، فلا حق له فيه . ولو قال المرتهن : أبرأتك عما عليك أيها الجاني ، فإبرأؤه لا يتضمن سقوط الدين ، ولكن هل يتضمن سقوط حقه من الوثيقة إذا استوفى الأرش ؟ ذكروا وجهين : أحدهما - أن حقه لا يسقط ؛ فإنه لم يتعرض للتخصيص على إسقاطه ، وإنما أسقط الدين ، وليس له إسقاطه ، فلو سقط حق/ الوثيقة ، لكان مرتباً على سقوط الأصل ، وإذا لم يسقط الأصل ، لم يسقط ما يترتب عليه هذا طريقهم .

(١) المعنى : إذا استوفى المالك الدين - ويعني به هنا الأرش الذي تعلق بذمة الجاني - من الجاني ، فليس للمرتهن حق في الاستيثاق به ؛ إذ أسقطه بقوله هذا .

وكان شيخي يقول : إذا قال المرتهن : أسقطت حقي من الرهن أو أبطلت وثيقتي ، وكان الرهن قائماً ، فهذا فسخٌ منه للرهن ، وللمرتهن أن يفسخ الرهن ؛ فإن الرهن في جانبه جائزٌ ، ولم يتعرض لصورة الدين . ونصُّ الشافعي دليل على أن المرتهن إذا أبرأ الجاني ، فإبرأؤه لغوٌ ، وعفوه باطل ، وهذا يتضمن بقاء حقه .

أما الراهن لو أبرأ الجاني عن الأرض ، فقد قطع الأصحاب بإبطال إبرائه ؛ لحق المرتهن ؛ فإننا وإن لم نطلق القول بكون الأرض مرهوناً قبل الاستيفاء ، فلسنا ننكر تأكُّد حق المرتهن فيه ، فالإبراء في الدين^(١) بمثابة الهبة في العين ، ولو وهب الراهن العين المرهونة ، لم يختلف المذهب في بطلان هبته ، وإنما تردُّد الأقوال في العتق والاستيلاد ، كما تقدم .

ثم قال الأصحاب : لو كانت الجناية على العبد المرهون موجبةً للقصاص ، فللراهن حقُّ الاقتصاص ، وقد تكرر هذا ، فلو عفا الراهن على مالٍ ، ثبت المال ، وتعلق حق المرتهن به ، وإن عفا على غير مالٍ ، ترتب على موجب العمد ، ونزل عفوه منزلة عفو المفلس المحجور عليه . وقد أشرنا إلى ذلك وأحلنا استقصاءه على كتاب الجراح .

فصل في

قال : « وأكره أن يرهن المشرِك المصحفَ . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٦٨٩- أراد بالكراهية التحريم . والقول في بيع المصحف والعبد المسلم من الكافر قد تقدّم استقصاؤه في كتاب البيع ، وبيننا المذهب فيه على أكمل بيان . والرهن على الجملة مرتّب على البيع ، وهو أولى بالجواز ، وإذا منعنا بيع السلاح من الحربي ، ففي رهنه منه وجهان ، وبيع السلاح من الذمي ورهنه جائز ؛ مات رسول الله

(١) يريد بالدين أرض الجناية ، وهذا يؤكد صحة تفسيرنا في التعليق السابق .

(٢) ر . المختصر : ٢/٢١٥ .

صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهون عند [أبي الشحم]^(١) اليهودي .

وقد نجز الباب في (السواد)^(٢) وانسل عن ضبطنا في الأصول مسائل، ونحن نوردها فروعاً ، ومنها ما أورده المشايخ ، ولا اختصاص له بالرهن ، ونحن نتأسى بهم .

قَوِّعُ : ٣٦٩٠- إذا أقر المرتهن بأن العبد المرهون قد جنى ، وكذبه الراهن ، فالقول قول الراهن في نفي الجناية ، فإذا بيع العبد في الرهن ، وسُلمَ الثمن إلى المرتهن عن حقه ، فجاء المقر له بالجناية ، وقال للمرتهن قد أقرت لي بأرث الجناية ، والآن قبضت الثمن ، فسلمه لي . قال صاحب التقريب : ليس للمقر له ذلك ؛ فإننا إن جوزنا بيع الجاني ، فهذا الثمن مسلم إلى المرتهن بحق ، ولو ثبتت الجناية ، لم يثبت للمجني عليه على قول جواز البيع إلا بيع العبد ، فأما التعلق بثمنه ، فليس يثبت له ، وليس كما لو قُتل العبد الجاني واستوفيت قيمته^(٣) ؛ فإن حق المجني عليه في قيمته ، كحقه في رقبته ، فإن القيمة تخلف العين ؛ حتى كأنها خلافة خلقه ، ولا حاجة فيها إلى اختيار مقابلة وإثبات معاوضة ، فأما ثمن البيع ، فلا حظ للمجني عليه فيه إجماعاً . فإن فرض البيع بإذنه على قولنا : لا ينفذ البيع

(١) في النسخ الثلاث : « أبي شحمة » وهو تصحيف صوابه ما أثبتناه من نص الحديث . وقد ورد هذا الاسم في أول كتاب الرهن مصحفاً في نسخة (هـ ٢) ، (ص) ، وصواباً في نسخة (ت ٢) ، وقد نبه الحافظ في التلخيص إلى هذا التصحيف ، وهو قد أخذه عن ابن الملقن في البدر المنير : ٦٢٩/٦ حيث قال : « وقع في نهاية إمام الحرمين في كتاب الرهن قبيل باب الرهن والحميل بنحو ورقتين تسمية هذا اليهودي «بأبي شحمة» ا. هـ . وكان التصحيف في نسخة النهاية التي كانت بيد ابن الملقن كان في هذا الموضع دون الموضع الأول . وهذا هو السر في أنه أحال إلى هذا الوضع ؛ فالتصحيف لم يكن في كل نسخ النهاية ، ولم يكن في كل موضع .

(٢) السواد . تكرر هذا اللفظ مراراً . وهو معهود في كلام الأئمة السابقين ، يريدون به (الأصل) أو (المتن) . وهذا المراد هنا ، فهو يعني مختصر المزني ، الذي جعل هذا الكتاب بسطاً لألفاظ الشافعي وعباراته الواردة في هذا المختصر .

(٣) صورته أن يرتكب العبد المرتهن جنائياً ، ثم قبل أن يباع فيها يجني جان على هذا العبد فيقتله ، فيستوفي السيد قيمته من الجاني القاتل ، فيتعلق حق المجني عليه - الذي جنى عليه العبد قبل أن يُقتل - بقيمة العبد ، بعد أن كان متعلقاً برقبته التي فاتت بقتله .

دون إذنه ، فهو بمثابة بيع الرهن بإذن المرتهن في حقه الحال .

هذا إن قدرنا جواز بيع الجاني .

وإن لم نجوز بيعه ، فالثمن الذي في يد المرتهن ملكٌ لمشتري العبد الجاني ، ولا حظ للمجني عليه فيه ، فينتظم منه أن المقر له بالجناية لا يرجع على المرتهن بسبب قبضه ثمن العبد الذي أقر المرتهن بجنانيته . وهذا/ واضح .

١٩١ ش

فَرَّجُ : ٣٦٩١- ذكر صاحب التقریب في خلل الكلام مسألة في الجنایات لا اختصاص لها بالرهن ، فنسردُها على وجهها ، ونقول : لو جنى رجل على بهيمة ، وكانت ماخضاً^(١) ، فأجهضت جنينها ، وكان الجنين حياً لما انفصل متأثراً بالجناية ، فمات على القرب . ذكر قولین فيما يلزم الجاني في هذه الصورة : أحدهما - أنه يلزمه قيمة الجنين حياً ، ولا يلزمه أكثر من ذلك .

القول الثاني - أنه يلزمه أكثر الأمرين من نقص الأم بالولادة والإجهاض ، أو قيمة الجنين ، فأيهما كان أكثر ، فهو الواجب .

ثم قال صاحب التقریب : والقولان فيه إذا لم يظهر بالأم شئٌ سوى الولادة ، وكان للجنين لو بقي حياً قيمةً ، [فإذا مات]^(٢) ، فالنظر إلى الأكثر في أحد القولین . والواجب قيمة الولد في القول الثاني .

وقد ذكر العراقيون هذين القولين على هذا الوجه .

والذي يجب الاعتناء به في المسألة فهم صورتها ، وفيها يبينُ مثارُ القولین ، فالبهيمة وهي ماخض تساوي مائة ، وإذا ولدت صارت تساوي تسعين ، ولم يظهر فيها نقص إلا أن الولد زایلها ، فكانت مع الولد تساوي مقداراً ودونه تساوي أقل منه ، لمزايلة الولد ، لا لعيب أحدثه الولادة ، ثم انفصل الولد حياً ، وعليه أثر الجناية ،

(١) مَخَضَت المرأة ، وكل حامل من باب تعب : دنت ولادتها ، وأخذها الطلق ، فهي ماخض (بغيرها) . (مصباح) .

(٢) في الأصل : وإذا مات ، وفي (ت ٢) ، (ص) : « فأما إذا مات » والمثبت تصرف من المحقق .

ومات . فلو أوجبنا قيمة الولد ، وأوجبنا [ما انتقص]^(١) من قيمة الماخض بسبب الولادة ومزايلة الولد ، لكان ذلك تضعيفاً في الغرامة ، والولد صار أصلاً بنفسه ، ففسر الجمع بين الوجهين .

وتردّد القول ، فقال الشافعي في قول : « أنظر إلى الولد ؛ فإن تعطيله صعب ، وأوجب قيمته » وقال في القول الثاني : « أوجب الأكثر من نقص الأم بسبب مزايلة الولد وقيمة الولد ، فأيهما كان أكثر أوجبته » . هذا بيان القولين .

٣٦٩٢- قال العراقيون : إذا كانت البهيمة مرهونة ، وجرى ما وصفناه ؛ فإن أوجبنا قيمة الولد ، لم يكن ذلك رهناً ، وإن أوجبنا الأكثر ، فقيمة الولد لم تكن رهناً أيضاً ، وإن أوجبنا ما نقص من قيمة الأم بسبب مزايلة الولد ، كان ذلك رهناً .

وهذا فيه نظر ، والوجه تخريجه على أنّ الحمل الموجود يوم الرهن هل يدخل تحت الرهن ؟ فإن قلنا : إنه داخل ، فيجب أن يكون المأخوذ من الجاني رهناً كيف كان ؛ فإننا على هذا القول كنا نبيع الولد لو بقي في الرهن .

وإن قلنا : الرهن لا يتعلق بالجنين الموجود حالة الرهن ، فإن أوجبنا قيمة الولد ، لم يكن^(٢) رهناً ، وإن أوجبنا نقصان الولادة ، فالمسألة محتملة ، ويظهر خلاف ما قالوه ؛ فإن ذلك النقصان لم يكن إلا لمزايلة الولد ، ولم تتغير صفتها ، ويجوز أن يتخيل ما ذكره بناء على أصل ، وهو أن الحمل لو بقي إلى البيع ، لبعنا الأم حاملاً ، ولصرفنا الثمن إلى الدين ، إن لم يزد على مقداره ، فمزايلة الولد تخرم هذا الوجه .

والأصح عندي أنه لا يكون رهناً ؛ فإن المزايلة قد وقعت .

قَبْلُ : ٣٦٩٣- إذا دفع الراهن والمرتهن الرهن إلى عدلين وفوضا إليهما الحفظ مطلقاً ، فلو أن أحدهما سلم الرهن إلى الثاني كَمَلًا ، وفوض إليه الاستقلال بالحفظ ، فهل يكون بذلك متعدياً ؟

(١) في الأصل : ما لا ينقص .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : كان رهناً .

ذكر ابن سريج فيما حكاه العراقيون وجهين / : أحدهما - أنه يكون متعدياً ؛ فإنه لم ١٩٢ يثبت لواحدٍ منهما الاستقلال بالحفظ ، فإذا أثبت أحدهما ذلك لصاحبه ، كان على خلاف موجب الاستحفاظ .

والوجه الثاني - أنه لا يكون المسلم إلى صاحبه متعدياً ، وكذلك لا يكون المستقل متعدياً ؛ فإن استحفاظهما يشعر في الظاهر بقيام كل واحد منهما بحق الحفظ ، لو لم يكن صاحبه حاضراً ؛ فإن اعتقاد اجتماعهما أبداً على الحفظ - وهو أمر دائم - بعيدٌ . والألفاظ المطلقة تؤخذ من موجب العرف ، وليس كما لو فرض الوصاية إلى رجلين ، فإن التصرفات لا يستقل بها أحدهما دون الثاني ؛ فإن الاجتماع على تصرف يقع في الأوقات ليس متعذراً ، فحمل الأمر على اشتراكهما ، وصدور التصرف عن رأيهما ليس بعيداً ، بخلاف دوام الحفظ .

ثم إذا أثبتنا عند إطلاق الاستحفاظ لكل واحد منهما رتبة الاستقلال ، فلو تنازعا ، فليس أحدهما أولى من الثاني . فإن أمكن الاشتراك في إثبات اليد ، فلا معدّل عنه . وإن عسر ، وقد تنازعا ، ورأى القاضي أن يقسم العين بينهما - وكانت قابلةً للقسمة - فله ذلك ؛ فإننا إذا كنا نثبت لكل واحد منهما الاستقلال بالحفظ ، فلا يمتنع بسبب النزاع أن ينفرد كل واحد منهما بحفظ البعض .

وإن قلنا : لا يثبت لكل واحد منهما رتبة الاستقلال - وهو المذهب عند المراوزة - فلا سبيل إلى قسمة العين بينهما ؛ فإننا لو فعلنا ذلك ، لكننا مخصصين كل واحد منهما بالانفراد في بعض العين ، وهذا يخالف موجب الاشتراك .

فَبَيِّنْ : ٣٦٩٤ - قال ابن سريج لو سلما الرهن إلى عدلٍ ، ووكلاه ببيعه عند محل الحق ، وكانت العين من ذوات الأمثال ، فأتلفه أجنبي ، وغرم المثل . قال ابن سريج : يسلم إلى العدل بحكم الاستحفاظ الأول ، وإذا حل الحق ، لم يبيعه إلا بإذن جديد .

أما قوله : لا يبيعه إلا بإذن جديد ، فصحيح . وأما قوله : يحفظه العدل من غير

استحفاظ جديد ، فهذا لا وجه له أصلاً ؛ فإن العين قد تبدلت ، وتقييده بالمثل يشعر بأنه لا يقول ذلك في قيمة المتقومات .

وكل ذلك خبطٌ غيرٌ معدودٍ من المذهب . ولعل ابن سريج تخيل في الفرق بين الحفظ والبيع أمراً ، وهو أن العدل إذا استحفظه الراهن والمرتهن ، لم يكن لكل واحد منهما أن يعدل عنه ، فكأن الحفظ صار في حكم المستحق المتعين في حق هذا العدل ، فإذا فرض التلف والاستحقاق في الحفظ إذا تم^(١) ، لم يبعد أن يقوم البديل مقام التالف . والإذن في البيع ليس كذلك ؛ فإن من صرفه من الراهن والمرتهن ينزل ، فليس البيع مستحقاً متعيناً في حق العدل . فهذا إن ثبت ، فلا فرق فيه بين المتقوم والمثلي .

والظاهر عندي أنه لا بد من استحفاظ جديد ؛ لأن العين قد تبدلت .

فَبَيِّنْ : ٣٦٩٥- إذا استعار رجل عبداً من شريكين ، فرهنه ، ثم أدى نصف الدين على قصد أنه يفك به نصيب زيد من الشريكين ، فهل ينفك نصيبه ؟ أم لا ينفك شيء من الرهن ما بقي من الدين شيء ؟

ذكر العراقيون قولين ، ولهذا أمثلة ستأتي في الكتاب ، إن شاء الله عز وجل .

فإن قلنا : لا ينفك ، فلا كلام . وإن قلنا : ينفك حصته من الرهن ، نُظِر : فإن كان المرتهن عالماً بحقيقة الحال ، فلا خيار له . وإن كان جاهلاً ، ولم يدرِ صدر^(٢) الرهن في شركة ، فهل له الخيار ؟ ذكروا وجهين : أحدهما - له الخيار . وهو الذي ش ١٩٢ قطع به الشيخ أبو محمد ، ووجهه بين . والوجه الثاني - أنه لا خيار / له ؛ فإن الذي بدا ليس عيباً بالمرهون ، والحال لا يطرد على نسق واحد في الاتحاد ، فلا خيار .

ولعل الأشبه في هذا أن المرتهن إن لم يعرف كون العين مستعاراً^(٣) ، تخير ، وإن علمه مستعاراً ، فلا ضبط لمن يستعار منه .

(١) في (ت ٢) ، (ص) : « والاستحقاق في الحفظ دائم » .

(٢) صدر : بثلاث فتحات بمعنى « صدور » ، وقد تكررت إشارتنا إلى شيء من ذلك قبلاً .

(٣) كذا « مستعاراً » بالتذكير . على تأويل « الرهن » .

ويجوز أن يقال : الغالبُ الاتحاد في السادة ، ويبعد في الوقوع العبد المشترك إلا في المواريث والتجاريين بين الشركاء .

والوجه إثبات الخيار ، كما قاله الإمام .

قَرِيعٌ : ٣٦٩٦- قال العراقيون : إذا رهن رجل جاريةً ، فعلق بمولود رقيق من بعد ، فجنى جانٍ عليها ، فَأَجْهَضَتْ ، ونقصت بسبب الإجهاض نقصاناً عائداً إلى صفتها ، زائداً على مزايلة الولد ، فإذا التزم الجاني بدل الجنين ، لم يكن رهناً ؛ فإن الولد طارئ ، وليس للمرتهن بسبب نقصان الجارية شيء ؛ فإن نقصانها يندرج تحت بدل الجنين ، وبدل الجنين خارج عن الرهن ، فنقصان الجارية في حق المرتهن بمثابة النقصان بآفة سماوية . وهذا حسن لطيف .

قَرِيعٌ : ٣٦٩٧- إذا قُتل العبد المرهون ، فجاء إنسان ، وقال : أنا قتلته . فإن صدقه الراهن والمرتهن غرّمناه القيمة ، ووضعناها رهناً . وإن كذبا ، لم يخف الحكم . فإن كذب المرتهن وصدقه الراهن ، غرّم القيمة ، وفاز بها الراهن ؛ فإن المرتهن أنكر حقه فيها .

وإن صدقه المرتهن ، وكذبه الراهن ، فتؤخذ القيمة وتجعل رهناً في يد المرتهن . ثم إذا حلّ الدين وقضى الراهن الدين من موضع ، آخر ، فترد تلك القيمة على المقرّ بالجناية ؛ فإن الراهن منكر لاستحقاقه .

وفي هذه المسألة وأمثالها خلافٌ ، ولكننا جرينا على الأصح .

وقد نقول : نضع تلك القيمة عند الوالي ، ويعتقدها مالاً ضائعاً .

قَرِيعٌ : ٣٦٩٨- قال صاحب التقريب : إذا خلّى الراهن بين المرتهن وبين الرهن المشروط في البيع ، فامتنع من قبضه ، فهل يجبره القاضي على قبضه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يُجبر ؛ حتى ينقطع خياره في فسخ البيع . وقد تلف تلك العين المعينة قبل القبض وقد تعيب^(١) .

(١) عَابَ يَعِيبُ عَيْباً مِنْ بَابِ سَارَ . إِذَا صَارَ ذَا عَيْبٍ . (المعجم والمصباح) .

والوجه الثاني - أنه لا يجبر على القبض ، ولكن ، إن امتنع من القبض ، أبطل
القاضي خياره في فسخ البيع . اهـ^(١) .

* * *

(١) هنا انتهت نسخة (ت ٢) (الجزء التاسع منها) وجاء في نهايته ما نصه : « تم الجزء العاشر
بحمد الله وعونه ، وحسن توفيقه ، وصلى الله على محمد نبيه وعلى آله وصحبه
وسلم ، وشرف وكرم وعظم .
يتلوه في الجزء الحادي عشر - إن شاء الله : باب في الرهن ، والحميل في
البيع » .

هذا وقد أخطأ الناسخ في قوله : « تم الجزء العاشر » وإنما هو التاسع كما دُوِّنَ على
غلافه ، وكما جاء على غلاف التالي أيضاً أنه العاشر .

/ باب^(١) في الرَّهْنِ وَالْحَمِيلِ^(٢) في البيع

ذكر الشافعي ، رحمه الله في أول الباب أن الرهن أمانة ، وتعلق بطرق من الحجاج ، وسيأتي في ذلك بابٌ ، ثم قال : « فلو باع رجل شيئاً على أن يرهنه به من ماله . . . إلى آخره »^(٣) .

٣٦٩٩- شرط الرهن جائز في البيع ، وإن كان مطلق العقد لا يقتضيه ، ولكن لما كان من مصلحة العقد ، عُدَّ شرطه^(٤) جائزاً ، وكذلك شرط الضمان والإشهاد ، فهذه الوثائق الثلاث يجوز شرطها في البيع ، وذكر الشافعي لفظاً في صدر الفصل ، نذكر ما فيه أولاً ، ثم نخوض في مقصود الباب .

ظاهر لفظه يدل على أن البائع إذا قال : بعثك عبدي هذا بألفٍ على أن ترهنني دارك هذه ، فقال المشتري : اشتريت ورهنت ، فالرهن ينعقد من غير قبول يصدر من البائع ، ومقتضى كلامه دليل على إقامة شرط البائع في الرهن مقام قبوله ، من غير احتياج إلى شيء آخر . وقد صار إلى هذا طوائف من أصحابنا .

والأصح الذي ارتضاه المحققون أن الرهن لا ينعقد مالم يذكر البائع بعد إيجاب المشتري الرهن قبولاً له ، ولا يقع / الاكتفاء بالشرط الذي يقدّم ؛ فإن الرهن عقد مفتقر^{١٩٣} ي إلى الإيجاب والقبول ، فلا بد منهما ، وليس شرط الرهن بمثابة استدعائه ؛ فإننا على قول صحيح نقيم استدعاء العقد من أحد الجانبين ، مع الإيجاب من الجانب الثاني مقام

(١) تستمر نسخة (ت ٢) في جزئها العاشر . فتبقى النسخ ثلاثاً ، كما سيظل الأصل هو نسخة (٢-هـ) .

(٢) الحَمِيل : بفتح المهملة وكسر الميم : الكفيل (الزاهر) .

(٣) ر . المختصر : ٢١٥/٢ .

(٤) في (ت ٢) : شرطاً .

شقي العقد ؛ وليس الشرط في معنى الاستدعاء ؛ إذ صيغة الاستدعاء : أن يقول :
ارهن مني دارك هذه بألفٍ ، فإذا قال : رهنتكها بألفٍ ، كفى ذلك ، على
الصحيح .

ومن قال بظاهر النص ، احتج بأن الرهن وإن كان عقداً قائماً ، يتعلق^(١) بالبيع من
جهة الشرط ، فيجوز أن يقوم الشرط فيه شقاً ، بخلاف العقد الذي لا يكون مشروطاً
في عقد ، وهذا ضعيف .

فإن قيل : كيف تؤولون ظاهر النص ؟ قلنا : ليس التعرض للإيجاب والقبول من
مقاصد الفصل ؛ فلم يفصله الشافعي ؛ فالقبول مضمّرٌ معنى ، وإن لم يصرح به .

٣٧٠٠- ثم إنما يصح شرط الرهن إذا عُيِّنَ ، ولا يسوغ اشتراط رهنٍ مطلقاً وفاقاً ،
ولو شرط رهنٌ على الجهالة ، كان الشرط فاسداً . وعند ذلك يختلف القول في فساد
البيع ، كما سيأتي ، إن شاء الله تعالى .

وكذلك إذا كان يشترط في العقد ضمناً بالثمن ، فلا بد من تعيينه ؛ فإن الأغراض
تختلف بمراتب الضمناء .

وإذا شرط رهناً معيناً ، فهل يشترط بيان من يوضع على يديه ، فوجهان : أحدهما -
لا بد من ذلك ؛ فإن الغرض يختلف به . ومنهم من قال : لا يشترط ، لأن الرهن هو
الوثيقة ، وهو متعين لا جهالة فيه ، وظاهر النص مع الوجه الأول .

وإن فرعنا على الثاني ، فإن اتفقا على يد عدلٍ أو على يد المرتهن ، فذاك . وإن
تنازعا ، رفع الأمر إلى الحاكم ؛ حتى يعيّن عدلاً ، ويقطع الخصومة بينهما . فإن عين
رهناً ، فلم يفِ المشتري برهنه ، ثبت الخيار للبائع في فسخ البيع ، وكذلك إذا كان
عين كفيلاً في شرطه ، فامتنع ذلك الشخص من الكفالة ، تخير البائع . ثم إذا ثبت
الخيار في البيع ، فإن فسخ فذاك ، وإن أجاز ، ورضي ، لزم العقد ، ولم يتخير
المشتري . وقال مالك يتخير المشتري ، وتعرض الشافعي للرد عليه بما لا نحتاج إلى
ذكره .

(١) جملة « يتعلق » في محل نصب صفة ثانية لـ « عقداً » .

فَصْلٌ

قال الشافعي : « ولو كانا جهلا الرهن والحميل ، فالبيع فاسد... إلى آخره »^(١) .

٣٧٠١- قد ذكرنا أن الوثائق ثلاث : الرهن ، والكفيل ، والشهادة ، أما الرهن والكفيل ، فلا بد من تعيينهما ، وأما الشهادة ، فلا يشترط تعيين من يتحمل الشهادة ؛ وذلك أن الأغراض تختلف على الجملة باختلاف الرهون والضمضاء ، فأما الشهادة ، فالغرض منها أن يتحمل عُدُولُ العقد أو الإقرار به ، وهذا لا يختلف باختلاف العدول ، واتفق أصحابنا عليه ، فلا يشترط إذن تعيين الشاهد .

ولكن لو عين العاقد شهوداً في شرطه ، فهل يتعينون كالرهن والكفيل ، فعلى وجهين : أحدهما - يتعينون كالرهن والكفيل ، فإن لم يشهد المتعينُ ، تخير الشارط . والثاني - لا يتعينون ، وإن عُينوا شرطاً ؛ إذ لو تعينوا ، لوجب شرطُ تعيينهم كالرهن والكفيل .

ثم قال الأئمة : إذا حكمنا بأنهم لا يتعينون ، وألغينا شرط التعيين ، فلا يفسد العقد بهذا ؛ من جهة أنا أخرجنا تعيين الشهود من مقاصد العقود ، وكل شرط لا يتعلق بمقصود العقد ، ففساده لا يبطل العقد ، كما لو قال : بعثك هذا العبد على أن يلبس الخبز ، وما في معناه من الشرائط اللاغية .

ثم إذا لم يتعين الشهود ، فلا يبعد أن يقال : ينبغي أن يأتي المشروط عليه برجالٍ يقربون من المعينين في الصفات المقصودة في/ الشهادة ، حتى لا يكتفي بإشهاد أقوام ١٩٣ ش يظهر انحطاطهم عنهم . والعلم عند الله تعالى .

٣٧٠٢- ثم إذا شُرط في العقد رهن مجهول ، أو كفيل من غير تعيين ، فقد ذكرنا فساد الشرط . ثم إذا فسد الشرط ، ففي فساد البيع قولان : أحدهما - يبطل كسائر الشروط الفاسدة . والثاني - لا يفسد البيع ؛ لأن الرهن عقدٌ مبتدأ ينفصل عن البيع . وقد يتأخر

عقدُ الرهن عن عقد البيع ، فليس إذن هو صفة في البيع ، فلا يفسد البيع بفساده .
والصداق لما لم يتأصل ركناً في العقد ، وتصور انفراد النكاح عنه ، لا جرم لم يفسد
النكاح بفساده .

فإن قيل : لم قطعتم بذلك في الصداق ، وجعلتم المسألة على قولين في شرط
الحَمِيل والرهن ؟ قلنا : في الصداق قولٌ ضعيف أيضاً سيأتي في موضعه ، إن شاء الله
تعالى ؛ ثم الرهن إذا كان مجهولاً ، صار الثمن مجهولاً ؛ فإنه متعلق الثمن ، وجهالة
الثمن تبطل العقد . وهل يرد على هذا شرط الرهن الصحيح ؛ فإنه إذا انضم إلى
الثمن ، كان زيادة ، وليست مضبوطة ، فكأن العين مبيع بألفٍ وشيء . قلنا : إذا كان
الرهن معلوماً ، فليس يخفى وقعه ، ثم هو كالأجل والخيار في أنه من مصالح العقد ،
فاتحتم شرطه ، ولا ضرورة في شرط المجاهيل ، كما ذكرناه في الأجل .

فَضْلُكَ

ولو قال : « رهنتك أحدَ عبدَيَّ . . . إلى آخره » (١) .

قد ذكرنا أن هذا مجهول ، وشرط الرهن المجهول فاسد .

ثم قال : « لو أصاب المرتهن بعد القبض بالرهن عيباً . . . إلى آخره » (٢) .

٣٧٠٣- إذا اختلف الراهن والمرتهن بعد قبض الرهن في عيب كان بالرهن ، فقال
الراهنُ : حدث العيب في يدك ، وقال المرتهن : بل كان قديماً في يدك ، فالقول قول
الراهن ، كما قدمناه في اختلاف المتبايعين . وهذا إذا لم تكذب المشاهدة أحدهما ،
فلا يخفى حكمه إن كان كذلك . ثم إن كان الرهن مبتدأ غير مشروط ، فلا أثر للعيب
فيه ؛ فإن المرتهن لو أراد أن يفسخ الرهن من غير عيب ، كان له ذلك ، وإنما مسائل
عيوب الرهن فيه إذا كانت مشروطة في البيع ، فإذا فرض الرهن مشروطاً في البيع ، ثم
اطلع المرتهن على عيب قديم به ، كان له أن يفسخ البيع ، ولا يتأتى ذلك منه ، ما لم

(١) ر . المختصر : ٢ / ٢١٥ . وفيه : « أرهنتك » .

(٢) السابق نفسه .

يردّ الرهنَ ، ففائدة الاطلاع على عيب المرهون ردُّ البيع .

ولو قال : لست أفسخ البيع ، ولكنني أردّ الرهن . قيل له : لا فائدة في ردك إذا^(١) إلا فسخ الرهن ، ولو لم تطلع على عيب ، لكنك متمكناً من فسخ الرهن .

٣٧٠٤- ولو كان الرهن مشروطاً في البيع ، فقبضه المرتهن ، وتلف في يده ، ثم اطلع على عيب قديم به ، فالرد بعد التلف غير ممكن في المبيع والضمن ، ولكن يثبت للمطلع على العيب الرجوع بأرضه عند تعذر رده . والأرض لا معنى له في الرهن ؛ فإن معناه في البيع الرجوع بقسطٍ من العوض المقابل للمبيع الفائت ، والمرهون لا عوض له حتى يُفرضَ الرجوعُ في قسطٍ منه ، فإذا لم يكن الرجوع ممكناً ، فهل يثبت للمطلع على العيب حق فسخ البيع ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا يثبت ؛ فإن حق الفسخ مرتب على رد الرهن ، فإذا عسر رده ، ولم يمكن أن تثبت للعيب أرضاً ، فلا وجه إلا سد باب الرد والزام البيع .

والوجه الثاني - أنه يرد البيع ويفسخه/ ويقول : استحققت بالشرط رهناً سليماً ، ١٩٤ ي فلم يتفق الوفاء به ، فكأنك لم ترهن عندي ، ولو شرط^(٢) البائع رهنَ عبيدين عيّنهما ، فرهن المشتري أحدهما دون الثاني ، فللبائع فسخُ العقد بنقصان الصفة^(٣) ؛ من حيث إنه يؤثر في المقصود بمثابة نقصان العين .

والقائل الأول يقول : شرط للبائع رهنٌ معين ، فوفى المشتري به ، فلم يوجد من جهته تأخير وتقصير يكون به غير موفٍ بالشرط ، ثم تعذر الردُّ ، ففسخُ عقده بعيد . وليس كما لو شرط رهن عبيدين ، فلم يف بأحدهما . وهذا يتوجه عليه أن الرد ثبت إذا

(١) في (ت ٢) ، (ص) : للإذن .

(٢) هذا استمرار لتوجيه الوجه الثاني القائل بأن له أن يفسخ البيع إذا اطلع على عيب قديم بالمرهون ، فهي ليست صورة مستقلة .

(٣) في الكلام حذفٌ ، والتقدير : ولو شرط البائع رهنَ عبيدين عيّنهما ، فرهن المشتري أحدهما دون الثاني ، فللبائع فسخ العقد ، هذا لا خلاف فيه ، فكذلك له فسخ العقد بنقصان الصفة عند اطلاعه على عيب قديم من حيث إنه يؤثر في المقصود بتأثير نقصان العين عندما رهن أحد العبيدين دون الثاني .

كان المرهون باقياً ، ولا يقال : قد وفى المشتري بما شُرِّط عليه في معين .
هَذَا بيان الوجهين .

فَضْلُكَ

قال : « ولو اشترط أن يكون المبيع بعينه رهناً ، فالبيع مفسوخ: ... إلى آخره » (١) .

٣٧٠٥- إذا شرط البائع جعل المبيع رهناً بالثمن ، نُفِّرَعْ هذا على الأقوال في أن البداية في وجوب التسليم بمن ؟ فإن حكمنا بأن البداية بالبائع ، فشرط حبس المبيع بطريق الرهن يخالف هذا المقتضى ، وإذا خالفه ، فسد ، وأفسد العقد . وكذلك إذا قلنا : هما يجبران على تسليم العوضين ، أو قلنا : لا يجبران . ومن بدأ بتسليم العوض الذي التزمه ، أُجبر صاحبه على تسليم مقابله . فإذا وقع التفريع على هذين القولين ، ثم جرى في العقد شرط رهن المبيع ، فسد الشرط ، وفسد البيع ؛ من جهة أنه تضمن خروج البيع عن مقتضاه ، فلا يحتمل هذا .

ومن الأصول المعتمدة في البياعات أن العقد إذا كان له مقتضى عند الإطلاق ، فلا يجوز تغييره في مقتضى إطلاقه بما لا نفع فيه ولا مصلحة تتعلق بالعقد . فأما الشرط الذي يتعلق بمصلحة العقد ، فلا يجوز الاسترسال في تجويزه ، بل يُتَّبَعْ فيه توقيفُ الشارع ، كالخيار وما في معناه ؛ فإن هذه الأشياء في المعاملات كالرخص في العبادات ، فلئن ثبت الرهن بنص الكتاب والإجماع ، فرهن المبيع من وجه لا حاجة إليه ، وهو على حالٍ مغيرٍ لمقتضى إطلاق العقد ، ولا توقيف فيه ، فلا سبيل إلى احتماله .

فإذا قلنا : البداية بالتسليم على المشتري ، والمبيع بحق العقد محبوس بالثمن ، فلو شرط البائع رهن المبيع عنده بالثمن ، فهل يصح الشرط على هذا القول ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يصح ؛ فإنه موافق لمقتضى العقد ؛ إذ مقتضاه على هذا القول

حبس المبيع بالثمن . والرهن يوافق هذا المعنى .

والوجه الثاني - لا يجوز الشرط ، ويفسد العقد به ؛ لأن المبيع إذا كان محبوساً بالثمن ، فهو من ضمان البائع ، والرهن لو قدر ثبوته ، فمقتضاه أن يكون المرهون أمانة في يد المرتهن ، فقد اختلف موجب الحبسين ، فشرط أحدهما مع الثاني طلب الجمع بين مختلفين .

ثم إن حكمنا بصحة الشرط ووفى المشتري به ، فالمبيع يكون مرهوناً عند البائع مضموناً عليه بحكم العقد ؛ فإن ضمان العقد لا يزول إلا بالقبض ، ولا يتصور على مذهبن مرهون يسقط الدين بتلفه إلا هذا ، ولكن الثمن لا يسقط بسبب تلف الرهن من حيث كان رهناً . وإنما يسقط بتلف المبيع من حيث كان مضموناً على البائع .

٣٧٠٦- ثم قال الشافعي : « ولو قال للذي عليه الحق : أرهنك على أن تزيدني في الأجل . . . إلى آخره »^(١) . إذا قال المشتري والثمن مؤجل عليه للبائع : أزيدك / ١٩٤ ش رهناً ، فزديني أجلاً . فنقول : الزيادة لا تلحق بالعقد ؛ فلا مطمع في حصول هذا الغرض . ويُنظر إلى الرهن الذي يزيده المشتري ، فإن أطلقه وما ذكر معه شرطاً ، فالذي تقدم من الزيادة في الأجل لغوٌ ، وهذا الرهن ثابت . وإن شرط في الرهن الزيادة في الأجل ، فقد ضمن الرهن شرطاً فاسداً ، ففسد الرهن به .

فَضْلُكَ

قال : « ولو أقر أن الموضوع على يديه الرهن قبض الرهن . . . إلى آخره » .

٣٧٠٧- إذا رهن الرجل عيناً ، وكانا ذكراً عدلاً . ثم قال الراهن : سلّمت الرهن إلى العدل ، وقبضه عن جهة الرهن ، ثم استردته منه بعد لزوم الرهن للانتفاع أو غيره من الأغراض . فقال العدل : ما قبضتُ ، ثبت لزوم الرهن بقول الراهن ؛ فإنه معترف على نفسه بلزوم الحق للمرتهن ، فكان مؤاخذاً بإقراره . وقوله غير مقبول على

العدل ، حتى لو بيع ذلك الرهن [و] ^(١) خرج مستحقا ، فليس لمستحقه مطالبة العدل ، بناء على أن متاعه قد مر بيده ؛ فإننا لم نصدق الراهن على العدل ، وإنما حكمنا عليه بموجب إقراره ليثبت حق المرتهن ، وهذا هين المُدْرَك في أحكام الأقارير [وما] ^(٢) يتصل بها من القضايا .

ولو قال لمن وكله بالبيع : قد بعت ما وكلتُك ببيعه من فلان ، وإقراره محكوم به مقبول في حق المعين للشرء ، ولكن لا يُقبل إقراره على الوكيل إذا كان يتعلق بالوكيل ضمان أو عهدة ، فلو أراد المشتري المقرُّ له أن يطالب الوكيل بعهدة العقد بناء على إقرار البائع له بالبيع ، لم يمكنه ذلك ؛ لأن الوكيل لم يعترف بالبيع ، وإقرار الموكل إنما يقبل على نفسه للمشتري ، ولا يقبل على الوكيل حتى يلزمه عهدة .

فَصْلٌ

قال المزني : « وجملة قوله في اختلاف الراهن والمرتهن أن القول قول الراهن في الحق ، والقول قول المرتهن في الرهن . . . إلى آخره » ^(٣) .

٣٧٠٨- أراد المزني أن يضبط الصور التي يُصَدَّقُ فيها الراهن ، والمسائل التي يُصَدَّقُ فيها المرتهن ، فأتى بقول مبهم لا يفهم ، وأجرى كلاماً ظاهره الفساد ، ولا يجوز أن يشكل عليه وجه الحق فيه ، فاجتمع أمران : أحدهما - أنه لم يُتَفَعَّ بضبطه ، والآخر - أننا نحتاج إلى تأويل اللفظ .

أما قوله : « القول قول الراهن في الحق » ، فصحيح ، ومعناه لو اختلفا في قدر الحق ، فقال الراهن : رهنت بخمسمائة ، وقال المرتهن : بألفٍ ، أو اختلفا في الجنس ، فقال الراهن : رهنت بالدنانير ، وقال المرتهن : بل بالدراهم التي لي عليك ، وكانت له عليه دراهم ودنانير . فالقول قول الراهن .

(١) في الأصل : أو .

(٢) في النسخ الثلاث : ومما .

(٣) ر . المختصر : ٢١٦/٢ .

وأما قوله : « القول قول المرتهن في الرهن » ، فمشكل ؛ فإن الراهن والمرتهن لو اختلفا في مقدار الرهن ، أو في إقباضه ، فنفى الراهن مقداراً عن الرهن ، أو نفى الإقباض ، فالقول في ذلك كله قول الراهن ، فلا يستدّ مطلق قول المزني ، ولا بد للفظه من تأويل ، فنذكر وجهه ، وهو على التحقيق مراده ، وسياق كلامه دليل عليه : فمراده أن الرهن إذا كان مشروطاً في البيع ، فالمرتهن هو البائع والراهن المشتري ، فإذا تنازعا في أصل الرهن ، كان أو لم يكن ، أو في قدره ، أو جنسه ، فهذا اختلاف المتبايعين في صفة العقد ، والحكم فيه/ التحالف . ثم البداية على الأصح تقع بالبائع ١٩٥ ي وهو المرتهن ، فالمعني بقوله : « القول قول المرتهن » هذا .

ويمكن أن يُفرض نزاعٌ في بعض أحكام الرهن ، والقول فيها^(١) قول المرتهن : وذلك إذا اتفقا على الرهن والقبض ، فقال الراهن : فسخنا الرهن . وقال المرتهن : لم نفسخه ، فالقول قول المرتهن ؛ لأن الأصل أن لا فسخ .

ثم قال : « فيما يشبه ولا يشبه » : وهذا رد على مالك ؛ فإنه يقول : لو كان الدين ألفاً ، فقال المرتهن رهنتني هذا العبد ، وقيمته ألف ، فقال الراهن : بل رهنتك الآخر ، وقيمته خمسمائة . قال مالك^(٢) : القول قول المرتهن ؛ لأن الظاهر أنه لا يرضى أن يرتهن بالألف ما يساوي خمسمائة ، وهذا الذي ذكره مالك لا عبرة به ، ولا نظر إلى مقدار القيمة .

فَضْلُهُ

قال الشافعي : « ولو قال الرجل لرجلين : رهنتاني . . . إلى آخره »^(٣) .

٣٧٠٩- إذا ادعى رجل على رجلين أنهما رهنا منه عبدهما بمائة ، نظر : فإن صدّقه ، ثبت الرهن ، وإن كذّبه ، فالقول قولهما مع اليمين ؛ لأن الأصل عدم الرهن . فإن صدّقه أحدهما وكذّبه الآخر ، فنصيب المصدّق وهو النصف رهنٌ

(١) إلى هنا انتهت نسخة (ص) . وهي ناقصة من آخرها . ولذا خلت من الخاتمة .

(٢) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٥٨٥ / ٢ مسألة : ٩٧٧ .

(٣) ر . المختصر : ٢١٦ / ٢ .

بخمسين إذا كان الدين مائة ، ونصيب المكذَّب خارج عن الرهن إن حلف على ما نفاه ، فإن شهد المصدِّق على المكذَّب ، فشهادته مقبولة ؛ فإن شهادة الشريك على الشريك مقبولة ، وإنما النظر في شهادة الشريك للشريك ، كما سنذكره الآن ، إن شاء الله عز وجل .

٣٧١٠- ولو ادعى رجلان على رجل أنه رهن عندهما ثوباً^(١) له . فإن صدقهما ، فذاك . وإن كذبهما ، فالقول قوله مع يمينه . وإن صدق أحدهما دون صاحبه ، فالنصف رهن من المصدِّق ، فإن شهد هذا المصدِّق للمكذَّب ، ففي قبول شهادته وجهان : أحدهما - أنها مقبولة ؛ إذ لا جرَّ^(٢) في شهادته ، ولا دفع . والوجه الثاني - لا تقبل شهادته له ، وهذا الخلاف في الشهادة يبتني على أصل سنذكره في كتاب الأقارير وكتاب الدعاوى ، إن شاء الله تعالى .

والذي لا بد من ذكره هاهنا أن رجلين إذا ادعيا اتَّهباهما [عبداً]^(٣) من رجلٍ ، وأنه وهبه منهما وسلمه إليهما ، فصدَّق المدعى عليه أحدهما ، وكذب الثاني فَيَسْلَم من تصديقه الهبة في النصف ، ثم ذلك النصف هل يستبَدُّ به المقرُّ له ؟ أم لصاحبه أن يقول : نحن فيما بيننا تصادقنا وتقارَرنا على أن الهبة جرت مشتركة إيجاباً وقبولاً وتسليماً . وقد سلم النصف بإقراره ، فليكن هذا مشتركاً ؟ فيه وجهان : أحدهما - أن النصف يَسْلَم للمقرِّ له لا نزاع فيه . والثاني - أن صاحبه يشاركه في النصف الذي سَلِم . وهذا التردد يجري في كل ملكٍ وحقٍّ متلقًى من عقدٍ على سبيل الشيوع .

ولو اعترف بأن هذه الدار ورثتها أنا وفلان من أبينا ، وكانت مجحودة ، فسلم لأحدهما بعضهما ، فيشركه فيها شريكه في الميراث . وسيأتي هذا بأصله وتفريعه .

عُدنا إلى غرضنا : إذا ادعيا على رجل أنه رهن منهما ، فأقر لأحدهما ، فذلك الحاصل بالإقرار إن قلنا : يختص به المصدِّق ، فشهادته مقبولة للمكذَّب ، وإن

(١) في (ت ٢) : عبدهما يوماً له . وانظر الشرح الكبير : ٧٢ / ١٠ ، ففيه المسألة نفسها بتصوير أنه رهنهما عبده هذا .

(٢) أي لا تجرَّ هذه الشهادة نفعا للشاهد ، ولا تدفع عنه ضرراً .

(٣) في الأصل : عينا .

قلنا : يَشْرُكُهُ فِيهِ الْمَكْذَبُ ؛ فَشَهَادَتُهُ تَتَضَمَّنُ دَفْعاً عَنْ نَفْسِهِ ؛ فَتَرَدُّ لَذَلِكَ .

٣٧١٠م- ولو ادعى رجلان على رجلين أنهما رهنا عبداً لهما منهما ، فإن صدقاهما ، ثبت الرهن ، وإن كذباهما/ ، فالقول قولهما مع أيما منهما ، والتزاع بينهما ١٩٥ ش يتصور على وجوه ، ولا يكاد يخفى مُدْرِكُ جميعها على متأمل .

ونحن نذكر أغمض الصور ، فنقول : إذا ادعى بكر وخالد على زيد وعمرو أنهما رهنا منهما عبدهما المشترك بينهما ، فصَدَّقَ زيد خالداً وكَذَّبَ بكرًا ، وصدق عمرو بكرًا ، وكذب خالدًا . وكل واحد من زيد وعمرو له نصفُ العبد ، وقد جمع في نصفه بين إقرار وإنكار ، فيضمن بكرٌ من جهة المقر مُقَرَّرًا له بربع العبد ، وهو نصف نصيب أحدهما ، وكذلك الثاني . ولا غموض لهذا .

وإنما يهاب المبتدئ هذا لما نقل بعض الأئمة أن ابن سريج قال : ما ^(١) انتهيت إلى هذه المسألة إلا احتجت إلى إتيان ^(٢) الفكر ، حتى أثبتها على حاشية الكتاب .

فَضْلُهُ

قال : « وإن كان له على رجل ألفان . . . إلى آخره » ^(٣) .

٣٧١١- إذا استحق على رجل دينين من جهتين ، ومبلغ كل دين ألف ، فإن رهن بألف في جهة مخصوصة عبداً ، ثم إنَّ مَنْ عَلَيْهِ الدين أدَّى ألفاً ، وتنازع الراهن والمرتهن ، فقال المرتهن : أديت الألف الذي لم يكن موثقاً بالرهن ، والرهن باقٍ بالألف الثاني . وقال المؤدي : بل أديتُ عن الرهن ، وفككته .

فنقول : لا شك أن الاعتبار بقصد المؤدي ، حتى لو فرض منه قصد في أداء دين مخصوص ، ولم يُفرض من القابض قصدٌ في القبض ؛ فإن المؤدى يقع في حُكْمِ الله تعالى على نحو قصد المؤدي . فإذا تبين هذا حكماً ، حتى قال الأصحاب : لو ظن

(١) في (ت) : لما .

(٢) في (ت) : أضعاف . ولعلها : « إمعان » .

(٣) ر . المختصر : ٢١٦/٢ .

القابض أن المؤدّي يودعه الألفَ ، وأنه مستحفظ فيه ، وقصد المؤدّي قضاءَ حقه ،
فالقَبْض يتم ، وذمة المؤدي تبرأ .^{١٠}

وهذا فيه أدنى نظر عندي ؛ فإن الإقباض شرطه التمليك ، وكل من عليه الدين إذا
أداه ، فكأنه يملك القابضَ ، ويثبت له في الأعيان ملكاً ؛ فإن حقه لم يكن متعلقاً بعين ،
فإن وصل المُقبِضُ فعله بقولٍ ، فذاك . وإن لم يصله بقول ، فلا يبعد أن نقول : لا بد من
مَخِيلَة مُملَكة مشعرة بتسليط القابض ؛ فإن التمليك بالمبهمات غير متجه .

٣٧١٢- فإذا تبين ما ذكرناه ، عاد بنا الكلام بعده إلى طريق فصل النزاع .

فنقول : إذا اختلف الراهن والمرتهن على ما ذكرناه ، فالقول قول الراهن مع
يمينه . ولو قال : أديتُ الألفَ ، وقصدت أن يكون نصفه عن جهة الرهن ، ونصفه عن
الألف المرسل ، فهو مصدّق ، فإن نُوزع ، يُحْلَف .

وإن قال : لم يكن لي قصدٌ في تعيين جهةٍ ، وإنما أديت الألف مرسلًا ، ففي
المسألة وجهان : أحدهما - أنا نقول له : الآن اصرف الألفَ إلى أي جهة شئت . فإن
صرفه إلى الرهن ، انفك . وإن صرفه إلى الآخر ، بقي الرهن ، وإن قسمه عليهما ،
انقسم . والوجه الثاني - أن الأداء المطلق محمول على التقسيم ، فيقع عن كلّ دين
قسطٌ من المؤدّي . فإن [استويا]^(١) في المقدار يقسط عليهما بالسوية ، وإن اختلفا ،
يقسط عليهما على تفاوت القدرين .

ولهذا نظائر منها : أنه لو أقرض شرك مشركاً ألفاً بألفين ، ثم قضاه أحد الألفين
في الشرك ، ثم أسلما ، فقال المؤدي : أديتُ في الشرك ما أديتُ عن/ جهة الربح ،
فالألف قائم عليه ، وهو مطالبٌ به في الإسلام . وإن زعم أن الذي أديته قصدتُ به
تأدية رأس المال ، فهو مصدّق ، وإن اتهم ، حُلِف . وموجب تصديقه الحكمُ
ببراءته ؛ فإن أصل الدين قد تأدى ؛ ولا ربح في الإسلام . وإن زعم أنني أديت الألف
ولم أقصد صرفه إلى جهة مخصوصة ، فوجهان : أحدهما - أن المؤدّي مُقسط على
الربح ورأس المال . وحكم ذلك أن يطالبه في الحال بخمسائة ؛ فإنه قد أدّى

(١) في الأصل : استوفى .

خمسمائة من الأصل ، ولم يبق إلا خمسمائة ، ولا ربح .

والوجه الثاني - أنه يقال له : اصرف ما أديته الآن إلى ما شئت ، فإن صرفه إلى الربح ، فعليه الألف التام عن جهة رأس المال . وإن صرفه إلى رأس المال ، سقط الربح ، وسقطت المطالبة . وإن بَعْضُ قصده تبَعْضُ الأمر ، ولم يختلف الحكم ، كما قدمناه .

وكذلك لو ترابيا في الشرك درهماً بدرهمين ، وأقبض الزائد المُفْضِلُ أحدهما ، ثم أسلما ، فالقول في القصد والاختلاف على حسب ما مضى . وهذه المسألة مفروضة في البيع ، والأخرى التي قبلها مفروضة في القرض . ولا فرق .

ولو وكل الرجلان رجلاً ليقضيه دينين لهما على رجل ، وكل دين ألف مثلاً فدفع من عليه الدينان ألفاً إلى الوكيل ، فإن قال حال الدفع : خُذْهُ عن دين فلان ، وعَيْنَ أَحَدَ موكِّلَيْهِ ، وقع عن تلك الجهة . ولو قال بعد ذلك : قصدتُ خلافَ ما قلت ، لم يقبل منه . وهذا يطرد في جميع المسائل التي ذكرناها . ولو لم يقل شيئاً ، ثم راجعناه ، فقال : قصدتُ أَحَدَ الموكِّلَيْنِ ، وقع المقبوض على حسب قصده . وإن قال : لم أقصد تعيين واحد منهما ، فيعود الوجهان ، نقول في أحدهما : يتقسط ما أداه على ديني الموكِّلَيْنِ ، ونقول في الثاني للمؤدي : اصرف الآن قصدك إلى من شئت منهما أو قسَّط عليهما .

٣٧١٣- ولو قال من عليه الدين للوكيل من جهة المستحقين : خذ الألف وادفعه إلى فلان . فقد اختلف أصحابنا في هذه المسألة ، فمنهم من قال : إذا جرى ذلك ، انعزل الوكيل بالقبض عن حكم ذلك التوكيل ، وصار وكيلاً للمؤدي ؛ فإنَّ حكم قوله : ادفعه أن يتوقف الأمر على وصوله إلى الموكل ، وحكم البقاء على توكيله بالقبض أن يبرأ الدافع بالدفع إلى الوكيل ، فلا يكون لقوله : ادفع إلى فلان معنى .

ومن أصحابنا من قال : لا ينعزل عن التوكيل بالقبض ، وإن قبل التوكيل بالدفع على اللفظ الذي حكيناه ؛ وذلك أن يدَّ الوكيل ليست [تنتهي بالقبض]^(١) ومعنى قبضه

أن يوصّله إلى موكله . فإذا قال من عليه الدين : ادفع هذا إلى موكلك ، لم يكن ما قاله مضاداً للقبض ، والمسألة محتملة لطيفة . والأفقه الوجه الأول .

٣٧١٤- ثم مما يجب التنبيه له في تصوير المسألة أنا لا نشترط من الوكيل تصريحاً بالقبول لما قال من عليه الدين : ادفع إلى موكلك ، بل مجرد قوله له : ادفع يتضمن أنني لا أقنع بيدك على حسب ما وكلك صاحبك ، ولكن أمرك ابتداءً بأن تسلمه إليه . هذا ما نشأ منه التردد . وهو لا يفتقر إلى تصوير قبول . فليفهم الناظر .

وأثر ما ذكرناه أنا إذا قلنا : لا يقع قبضه على حكم توكيل موكله ، فلو تلف في ش ١٩٦ يده/ ، فذمة من عليه الدين مشغولة . وإن قلنا : إنه يبقى على حكم التوكيل بالقبض ، فلو تلف ما قبضه في يده ، كان من ضمان موكله ، وقد برىء المؤدّي ، فإن لم يكن من الوكيل تقصير ، فلا ضمان أصلاً ، وإن كان منه تقصير ، فهو متعدّد في ملك غيره . وطرف الإنصاف والانتصاف بينهما بيّن ، والغرض ما اتضح من براءة المؤدّي .

فَضْلُكَ

قال : « ولو قال : رهنته هذه الدار التي في يده بألف . . . إلى آخره »^(١) .

٣٧١٥- إذا اعترف الرَّجُلُ بأنه رهن داره من إنسان ، وصادفنا تلك الدار في يد المرتهن ، ثم اختلفا ، فقال الراهن : غصبته مني . وقال المرتهن : بل أقبضتنيه ، فالقول قول الراهن في أصل المذهب ؛ لأن الأصل عدم القبض والخيار إلى المقبض . ولو قال الراهن : أعرتُه ، أو أودعته ، أو أكريته ، أو أكريتُ الدار من فلان ، فأكرها منه أو أعارها منه ، فحصلت تحت يده بهذه الجهة . وقال المرتهن : بل أقبضتنيه عن جهة الرهن ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - القول قول الراهن كالمسألة الأولى ، وهي إذا ادعى الراهن الغصب وادعى المرتهن القبض المستحق . والوجه الثاني - القول قول المرتهن ، لتقارّهما على أن القبض لا عدوان [فيه]^(٢) وأن صدره عن

(١) ر . المختصر : ٢١٦/٢ .

(٢) ساقطة من الأصل .

الإذن ، ثم ظاهرُ اليد يدل على حق ذي اليد ، كما أن ظاهرها يدل على ملك ذي اليد ، إذا كان المتنازعُ الملك . والظاهر بناء القبض على العقد المقتضي للقبض .

هَذَا الذي سردناه أصلُ المذهب . وقد أبعد بعض الأصحاب ، فذكر وجهاً ضعيفاً في أن القول قول المرتهن ، وإن قال الراهن غصبته ، وهذا ضعيف غير معتد به ، وسنعيده مع تفريعات في كتاب العارية ، إن شاء الله تعالى .

٣٧١٦- فلو قال البائع : غصبته ، وقال المشتري : بل أقبضته . والتفريع على أن المبيع محبوس بالثمن ، وعلى المشتري البداية . فإذا تنازعا كما وصفناه . فإن كان قد وفر المشتري الثمن ، أو كان الثمن مؤجلاً ، فلا معنى لهذا الاختلاف ؛ فإن قبض المبيع مستحق للمشتري . وإن كان الثمن حالاً ، ولم يوفر المشتري [الثمن]^(١) فالقول قول البائع ؛ لأن الأصل عدم الإقباض . وإن قال البائع : أعرتكه أو أودعته ، وقال المشتري : بل أقبضته عن البيع ، ففي المسألة وجهان : أظهرهما - الحكم بالقبض ؛ لأن المبيع ملك المشتري ، وحق البائع في الحبس ضعيف .

وهذا يصفو بشيء ، وهو أن البائع لو أعار المشتري المبيع على أن ينتفع به ويرده محبوساً بالثمن ، فالإعارة هل تبطل حق حبسه ؟ وجهان ذكرهما الشيخ ، وصاحب التقريب ، وطائفة من العراقيين . أحدهما - أن حق حبسه يبطل ، فإنه لم يكن حقاً^(٢) مقصوداً بعقد ، فإذا ثبت يد المشتري وهو مالك ، وكان زوال اليد عن رضا ، فلا عود إلى اليد .

والوجه الثاني - أن حق البائع لا يسقط ؛ فإنه لم يسقطه ، فيجب الوقوف على منتهى قصده .

ولو أودع البائع المبيع عند المشتري ، ففي بطلان حق البائع من الحبس وجهان مرتبان على الوجهين في العارية ، [و]^(٣) اختلف أصحابنا في كيفية الترتيب ، فمنهم من جعل الإيداع أولى ببطْلان حق البائع ؛ من جهة أنه يبعد كل البعد أن يحفظ المالك ١٩٧ ي

(١) مزيد لإيضاح العبارة .

(٢) في (ت ٢) : حقه .

(٣) في الأصل : فاختلف .

ملكه لغيره ، وفي الإعارة غرضٌ على حالٍ سوى الحفظ .

ومن أصحابنا من جعل الإيداع أولى بأن لا يُبطل حقُّ البائع ؛ فإنه ليس فيه تسليط أصلاً ، وفي الإعارة تسليط .

ولم يختلف أئمتنا في أن المرتهن لو ردَّ الرهنَ إلى يد الراهن [بأية^(١)] جهة فرضت مع استمراره على الرهن ، فحقه قائم لا يبطل .

٣٧١٧- عاد الآن بنا الكلامُ إلى ما كنا فيه من اختلاف البائع والمشتري . فإن قلنا : الإعارة ، والإيداع يُبطل حقُّ البائع ، فلا معنى للاختلاف ؛ فإنه اعترف بمبطلٍ حقه .

وإن قلنا : الإعارة والإيداع لا يبطلان حقَّه من الحبس ، فإذا تنازعا ، انتظم الخلاف الذي ذكرناه . والوجه الضعيف في ادعاء البائع للغصب ، وادعاء المشتري الإقباض عائداً .

وبالجملة يد البائع ضعيفة . وآية ذلك أن المشتري إذا قتل^(٢) العبدَ المشتري ، جعل ذلك قبضاً منه ناقلاً للضمان ، وإن كان على كُره من البائع ، وكان من الممكن أن نقولَ يغرم قيمة المبيع ، ويسلمها لئُحبس على الثمن ، كما نقول : يغرم الراهن قيمة المرهون إذا قتله لتوضع رهناً إلى أداء الدين .

وذكر صاحب التقریب وجهاً في كتاب البيع : أن إتلاف المشتري لا يكون قبضاً ، وأن القيمة تلزمه ، فتجعلُ محبوسةً كما ذكرناه في الرهن .

وهذا بعيد جداً لم يتفق منا حكايته في كتاب البيع .

ومما يتعلق باختلاف المحابس لما نحن فيه أنه لو قال من عليه الدين لمستحقه : رهنتك هذا العبدَ بالألف الذي لك عليّ . وقال صاحب الحق : بل بعثنيه بالألف ، فالقول قول من عليه الحق ، لا خلاف فيه ؛ فإن صاحبه ادعى عليه إزالة الملك بطريق البيع ، والأصل عدمه ، وبقاء الملك ؛ فيتنفي البيعُ بنفيه ، ولا نحكم بالرهن ؛ لأن المستحق ليس يدعيه .

(١) في الأصل : فإنه . والمثبت من (ت ٢) .

(٢) في (ت ٢) : قبل . وفي الأصل بدون نقط .

ولو كان الخلاف على العكس ، فقال من عليه الحق : بعثك هذا العبد بالألف الذي لك علي ، وقال صاحب الحق : بل رهنتيه ، فالوجه أن يحلف كل واحد منهما على نفي العقد الذي يُدعى عليه ، فينتفي الرهن والبيع جميعا ، فلا يبقى لصاحب اليد حق . أما الرهن فقد نفاه من عليه الحق وهو مصدق ، وأما البيع فقد نفاه هو في نفسه .

فَبَيِّنْ : ٣٧١٨- العدل إذا باع الرهن بإذنهما ، ثم قال : قد سلمت الثمن إلى المرتهن ، [و] ^(١) أنكر المرتهن ، فالقول قوله ، ولا يقبل قول العدل عليه ؛ فإنه أمين المرتهن في تحفظ الرهن فحسب ، ثم هو بالخيار إن شاء طالب الراهن بدينه ، وإن شاء طالب العدل . فإن أراد مطالبة العدل ، فله ذلك ؛ فإنه يقول : قد أقررت بحصول عوض رهني في يدك ، ورُدَّ قولك في التسليم ، فله مطالبته إذن . ثم إذا غرم العدل كما ذكرناه ، فلا يجد العدل به مرجعاً على أحد ؛ فإنه يعترف بأنه مظلوم من جهة المرتهن ، ولا يرجع المظلوم إلا على من ظلمه .

فَبَيِّنْ : ٣٧١٩- حكى العراقيون عن الأصحاب أنهم قالوا : لو كان لرجل ألف درهم على رجلين ، على كل واحد خمسمائة ، ولهما عبد مشترك ، فادعى أنكما رهنتماني العبد ، فأنكر كل واحد رهن نصيبه ، وزعم صاحبه رهنه وهو في نفسه لم ^(٢) يرهن ، ثم شهد كل واحد منهما على صاحبه ، وحلف المدعي مع شهادة كل واحد منهما يميناً يميناً ، فيثبت له الرهن عليهما جميعاً في جميع العبد . وتعليله بَيِّن ، وهو موجب القضاء بالشاهد واليمين .

قال الشيخ أبو حامد/ : في هذا نظر عندي ، فينبغي أن لا تقبل شهادة واحد ١٩٧ ش منهما ؛ فإن المدعي يقول : قد كذب كل واحد منهما لما أنكر الرهن في حق نفسه ، فإذا كان يكذب شاهده في شيء ، فكيف تقبل شهادته في حقه .

وفيما قاله الشيخ أبو حامد نظر ؛ فإن أقوالهما في إنكارهما مجمل لا يوجب

(١) في الأصل : فأنكر .

(٢) عبارة (ت ٢) : ولم يرهن هو في نفسه .

تفسيقهما ؛ من تقدير غفلة أو ذهول . وبالجمله ليس من الرأي ابتدار التفسيق مع اتجاه احتمالات لا فسق فيها .

فَرَجَّ : ٣٧٢٠- إذا رهن شيئاً وسلمه إلى المرتهن ، فمات المرتهن وقال : لا أرضى بيد الورثة ، فكيف السبيل فيه ؟ المذهب الأصح أن الأمر يرفع إلى القاضي ، فينصب القاضي عدلاً ، ويضع الرهن على يده . نقل العراقيون فيه نصَّ الشافعي ، وخرَج منه أن للراهن إزالة يد الورثة ، ولا فرق بين أن يكونوا عدولاً ، وبين أن يكونوا دون مورثهم في الثقة والعدالة .

وقال بعض أئمتنا : لا يزيل القاضي أيدي الورثة ؛ فإنهم استحقوها خلافة ووراثه . نعم ، للقاضي أن يضم إلى أيديهم يداً إذا استدعاه الراهن ، فأما إزالة حقوقهم ، فلا سبيل إليه .

فَرَجَّ : ٣٧٢١- إذا أراد العدل أن يسلم الرهن إلى القاضي ، والراهن والمرتهن جميعاً حاضران ، فليس له ذلك قبل عرض الأمر عليهما ، وليس للقاضي أن يقبله إذا أحاط بالحال ، فلو [سلمه]^(١) من غير مراجعة ، توجه الضمان على العدل .

فأما إذا غاب الراهن والمرتهن إلى مسافة القصر ، فللعدل التسليم إلى الحاكم . وإن كان دون مسافة القصر ، فليس له الرفع إلى الحاكم حتى يستأذنهما . ولا يمنع عندنا اعتبار مسافة العدو^(٢) في ذلك ، حتى يقال : إن كانا على مسافة العدو ، فلا بد من مراجعتهم ، وإن [كانا]^(٣) فوق مسافة العدو ، ففيه تردد .

ولو كانا حاضرين ، فعرض عليهما ، فامتنعا من الاسترداد ، فيرفع الأمر إلى القاضي حينئذ ، حتى يحملهما على الأخذ منه ، ثم لا يخفى منتهى الكلام في ذلك .

* * *

(١) في الأصل : سلم .

(٢) مسافة العدو : قال ابن فارس : العدو طلبك إلى وإلّ يُعديك على من ظلمك ، أي ينتقم منه باعتدائه عليك . والفقهاء يقولون : « مسافة العدو » وكأنهم استعاروها من هذه العدو ؛ لأن صاحبها يصل فيها الذهاب والعود بعدو واحد ، لما فيه من القوة والجلالة . (المصباح) .

(٣) في الأصل : كان .

بَابُ الزِّيَادَةِ فِي الرَّهْنِ وَمَا يَحْدُثُ فِيهِ

قال الشافعي : وقد روي عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام أنه قال « الرهن محلوب ومركوب . . . إلى آخره »^(١) ^(٢) .

٣٧٢٢- مقصود الباب الكلام في فوائد الرهن ومصارفها ، وتفصيل القول فيها ، وهي آثارٌ وأعيانٌ في التقسيم الأول . والمعني بالآثار المنافع ، وهي للراهن وتَبَع ملكه ، ولا تتعطل . وأبو حنيفة في مذهبه المشهور يرى تعطيلها^(٣) . وذهب أحمد^(٤) وإسحاق^(٥) إلى أنها للمرتهن . واعتمد الشافعي الخبر ، ثم قد يقتضي إزالة يد المرتهن للارتفاع بالرهن ؛ فإن الراهن إذا أراد استخدام العبد وركوب الدابة ، فلا يتأتى له ذلك إلا بإزالة يد المرتهن ، ولأجل هذا عطل أبو حنيفة المنافع ؛ إذ معتقده أن القبض وحق اليد الركن الأعظم في الرهن ؛ ولهذا منع رهن المشاع ، وجرى في المسألتين على تناقض ؛ حيث منع رهن المشاع ، وكان يمكنه أن يديم يد المرتهن على الشائع ، وصحح رهن ما ينتفع به ، وعطل المنافع . ولو طرد القياس ، لمنع رهن ما ينتفع به ؛ حتى لا تتعطل المنافع ، وقد قررنا ذلك في (الأساليب) .

ثم لأصحابنا اضطراب/ في الجمع بين توفير المنافع على المالك ، وبين رعاية حق ١٩٨ ي المرتهن في القبض ، ونحن نذكر مضطرب الأئمة في هذا .

(١) ر . المختصر : ٢١٦/٢ .

(٢) رواه الدارقطني : ٣٤/٣ ، والحاكم : ٥٨/٢ . وانظر التلخيص : ٨٣/٣ ح ١٢٤٢ .

(٣) ر . إيثار الإنصاف في مسائل الخلاف : ٣٦٨ ، رؤوس المسائل : مسألة ١٩٣ ، وحاشية : الطحطاوي ٢٣٦/٤ ، وحاشية ابن عابدين : ٣١٠/٥ .

(٤) ر . المغني (٤٣٢/٤) . وفيه تفصيل بين المرهون المركوب أو المحلوب وبين غيرهما . فليراجع . وانظر الموسوعة الفقهية مادة (رهن) .

(٥) إسحاق بن راهويه (ت ٢٣٨هـ) .

أولاً - اتفقوا على أن الراهن لو أراد المسافرة بالعبد لينتفع به في سفره ، لم يمكن من ذلك . والزوج يسافر بزوجه لتأكد حقه منها ، ولا يبالي بما يتعطل من منافع الزوجة الحرة . والسيد يسافر بالأمّة التي زوجها ، ولا يبالي بحق الزوج منها . وهذه الأصول في ظواهرها أدنى تفاوت .

ووجه الكلام على الإيجاز عليها أن النكاح في الحرة هو الأصل في بابها ، وهو عقد العمر ، وبه قوام العالم ، وبقاء النوع ، فعظم قدره ويقل بالإضافة إليه منفعة بدن الحرة ، ونكاح الأمّة دخيل في الباب ، يُجرى مجرى الرخص ، والرهن عارض يعقد للتوثيق ، وسيؤول على القرب إلى الفك ، أو إلى البيع . وليس في المنع من المسافرة تعطيل كلي .

ثم قال الأصحاب : إن وثق المرتهن بالراهن سلم العبد إليه نهائياً ليستخدمه ، ثم يردّه ليلاً إليه أو إلى يد عدل ، وإن لم يكن الراهن موثقاً به [كلفه المرتهن أن يُشهد في كل أخذ ورد ؛ حتى يقوم الإشهاد في أدائه التوثيق مقامه . وإن كان الراهن موثقاً به]^(١) في الناس مشهوراً بالعدالة ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه يجب الاكتفاء بعدالته ؛ إذ يشق تكليفه كل غداة أن يُشهد على نفسه ، وإن لم يكن مشهوراً بالعدالة ، فقد [أُتي]^(٢) من قبل نفسه . ومن أصحابنا من قال : إذا طلب المرتهن الإشهاد ، وجب الإسعاف به .

وحكى صاحب التقریب من لفظ الشافعي [في الرهن]^(٣) الصغير من القديم قولاً : أن الراهن لا يزيل يد المرتهن قط ، ولا يد العدل ، ولكن يستكسب العبد في يد المرتهن ، ويحصل أجرته ، وإن كان يضيع معظم منافعه ، فلا يبالي به أصلاً ؛ فإن إزالة يد المرتهن لا سبيل إليه . وليس كرهن المشاع ؛ فإنه أورد والإشاعة مقترنة به ، وهي تقتضي قطع^(٤) اليد لا محالة ، والوصول إلى المنفعة ممكن من غير إزالة اليد .

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) في الأصل : أوتي .

(٣) في الأصل : رهن .

(٤) في (ت ٢) : تقطع .

كتاب الرهن / باب الزيادة في الرهن وما يحدث فيه _____ ٢٤٥
فهذا اضطرابُ الأصحاب .

٣٧٢٣- فيتنخل منه أن المسافرة ممنوعة ؛ فإنها حيلولةٌ عظيمة ، ولم يسمح بها
الأصحاب مع الإشهاد .

وأما إزالة اليد مع حضور المرتهن ليستفيع به في وقت الانتفاع ، ويردّ في وقت
السكون والاستراحة ، فهو ظاهر النص في الجديد ، وإليه ميل معظم الأصحاب .
والكلام في أن الراهن هل يحسم الإشهاد ؟ وقد فصلت المذهب فيه .

وفي القديم قول آخر أن يد المرتهن لا تُزال بسبب الانتفاع ، كما لا تزال يد البائع
عن المبيع المحبوس بالثمن بسبب الانتفاع . وسنصف هذا في أثناء الفصل ، إن
شاء الله تعالى .

ومن راعى الإشهادَ يقول : لو كان الراهن خائناً مشهوراً بالخيانة لا يسلم إليه وإن
أشهد .

فإن قيل : ما قولكم في منافع المبيع المحبوس بالثمن على قولنا بإثبات حق
الحبس ؟ قلنا : اتفق الأصحاب على أن المشتري لا يزيل يده ليستفيع ، بخلاف
ما ذكرناه في الراهن ؛ فإن ملك المشتري غيرُ مستقر قبل القبض ، وملك الراهن
مستقر .

واختلف أصحابنا في أن المبيع هل يستكسب في يد البائع للمشتري ، أم تتعطل
منافعه ؟ فقال بعضهم : لا سبيل إلى التعطيل ، وهو مستكسب في يد البائع . وقال
قائلون : منافعه تُعطل .

هذا قولنا في منافع الرهن .

٣٧٢٤- فأما القول في الفوائد التي تكون أعياناً ، فهي منقسمة إلى الزوائد
المتصلة ، وإلى المنفصلة . فأما الزوائد المتصلة ، فلا حكم لها ، والرهن يتعلق
[بالمزيد]^(١) والزيادة ، ولا أثر للزوائد المتصلة إلا في الصداق عند وقوع الطلاق قبل

(١) في الأصل : بالزوائد والزيادة .

المسيس ، كما سيأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

وأما الزوائد المنفصلة ، فإنها تنقسم إلى ما كانت موجودة حالة الرهن على صفة ش ١٩٨ الاتصال ، وإلى ما يوجد/ بعد الرهن ، ثم ينفصل : فأما ما لا يكون موجوداً حالة الرهن ويوجد من بعد ، ثم ينفصل ، كالحمل يطرأ وينفصل ، وكذلك الثمار والألبان ، فلا يتعلق الرهن بها ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) ، ووافق أن الرهن لا يتعلق بالأكساب ، ثم ألحق العقر^(٢) وإن لم يكن عوض عين بالأعيان ، في خبط له معروف .

٣٧٢٥- ونحن نجمع معاهد المذهب فيما يتعدى إلى الولد الطارئ ، وفيما لا يتعدى إليه ، وعماد المذهب أن كل ما صار الملك مستغرقاً به حتى يعدّ الملك مستحقاً في تلك الجهة ، وبلغ تأكده مبلغاً يمتنع تقدير زواله ، فما كان كذلك ؛ فإنه يتعدى إلى الولد ، كالاستيلاد ؛ فإن أولاد المستولدة من النكاح والسفاح بمثابة المستولدة في استحقاق العتاقة ، وألحق الأئمة بذلك ولد الأضحى المعينة للتضحى ، بقول المالك : جعلتها ضحية ؛ فإن تعينها لجهة القرية لا يزول ، كالاستيلاد ، فالمالية مستهلكة فيها بجهة القرية ، والرهن عارض على الملك التام ، وكأنه عِدَّةٌ موثوق بها ، وهو عرضة الزوال .

واختلف قول الشافعي في ولد المدبرة ، والمكاتبه ؛ من جهة أن من يُدبّر ينبغي التأييد^(٣) إلى العتاقة وإن ملكه الشرع الرجوع ، وكذلك الكتابة ، واختلف القول في أولادهما .

وولد الأمة التي نذر مولاهما إعتاقها على طريقين : أحدهما - أنه كولد المدبرة ، والآخر أن الاستحقاق يتعدى إليه ؛ فإن النذر لا رجوع عنه . ولكن من حيث إنه ربط العتق بالالتزام تردد الأصحاب . ومن نذر التضحى بشاةٍ ، ولم يقل جعلتها ضحية ، ففي ولدها طريقان أيضاً على ما سيأتي في كتاب الضحايا ، إن شاء الله تعالى .

(١) ر . حاشية ابن عابدين : ٣٣٥/٥ ، فتح القدير : ١٢٩/٩ .

(٢) العقر : مهر المرأة إذا وطئت بشبهة ، والصدّاق عامة (القاموس والمعجم) .

(٣) في (ت ٢) : « من يُدبّر يبقى للتأييد » .

وفي ولد العارية والمأخوذ سوماً وجهان : أحدهما - أنه مضمون كالأم . والثاني - أنه ليس مضموناً . وسبيله سبيل الثوب يلقيه الريح في دار إنسان ، وهذا الاختلاف ينشأ من أن الأيدي المضمّنة الصادرة عن إذن السيد هل توجب ضمان الغصوب أم لا ، وفيه خلافٌ ، رمزنا إليه ، وسنصفه من بعد ، إن شاء الله تعالى .

ولو أودع رجل بهيمة عند رجل أو جارية ، فولدت في يد المودّع ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه ودیعة بمثابة الأم . والثاني - أنه ليس بودیعة . وهذا القائل يقول : ليس مضموناً ، بل هو كالثوب تهبُّ به الريح ، فتلقيه في دار إنسان . وأثر هذا الخلاف أنا إن لم نجعله ودیعة ، فلا بد فيه من إذن جديد . وإلا لا تجوز إدامة اليد عليه ، كمسألة الثوب والريح ، وإذا قلنا : هو ودیعة استمر المودّع ، ولم يستأذن ، وسبيله سبيل الأم .

وهذا الخلاف في ولد الودیعة له التفاتٌ على خلاف الأصحاب في أن الودیعة عقد أم لا ؟ وفيه اختلاف بين الأصحاب . ومن أدنى آثار هذا الخلاف أنه إذا أودع وشرط شرطاً فاسداً مثل أن يقول : أودعتك على أن يكون الإنفاق عليك ، فهذا يخالف وضع الشرع . فمن جعل الودیعة عقداً ، أفسدها بهذا الشرط ، وما في معناه . فلا بد من ائتمانٍ جديدٍ ، وإلا كان ما أخذه ودیعة بمثابة الثوب والريح . وإن لم نجعل الودیعة عقداً ، فالشرط لا يؤثر فيه أصلاً ، بل يلغو الشرط الفاسد ، ويبقى موجب الإيداع إلى الرد ، أو إلى عدوان يصدر من المودّع .

ويقرب من هذا المأخذ مسألة نص الشافعي فيها على قولين وهي إذا أودع/ صبيّاً ، ١٩٩ ي فأتلفه ، هل يجبُ الضمان على الصبي ؟ فعلى قولين : أحدهما - لا ضمان ؛ لأن المالك سلطه عليه بعقد ، فهو المتسبب إلى إتلاف ماله . والثاني - يضمن ؛ فإن الإيداع ليس بعقد حتى يُقضى على المالك بأنه عقد عقداً على الفساد . ولكن مهما^(١) أتلّف الصبي ضمن ؛ فإنه أتلّف مال غيره ولا عقد .

أما ولد المبيعة ، فلا خلاف أنه لا يجوز حبسه لاستيفاء الثمن ، يعني ولداً يحدث

٢٤٨ _____ كتاب الرهن / باب الزيادة في الرهن وما يحدث فيه

بعد لزوم العقد وقبل القبض . فإن قيل : ولد المغصوبة مضمونٌ بجهة ضمان الأم ، فهلا كان ولد المبيعة مضموناً بجهة أمه ؟ قلنا : المبيع يضمن بالعقد على مقابلة الثمن ، والولد لم يقابل بالثمن . والغاصب يضمن بالعدوان وهو متعدٌ بإدامة اليد على الولد ، كما أنه متعد بإدامتها على الأم .

فهذه جملٌ تجري مجرى التراجم والمجامع في الأحكام التي تتعدى إلى الأولاد [و^(١) التي لا تتعدى إليها . وما ذكرناه نشأ من كلامنا في الولد المتجدد بعد الرهن ، والمنفصل قبل بيع الرهن في الدين .

٣٧٢٦- ونحن نذكر الآن تفصيل القول في الحمل الموجود حالة الرهن ، ثم نتبعه نظائره ، كان يقول شيخنا أبو محمد : إذا كان الحمل موجوداً يوم الرهن على نعت الاجتنان في البطن ثم بقي مجتناً إلى البيع في الرهن ، فلا حكم للحمل ، ونعتقه صفة للجارية ، [فكأنها]^(٢) بيعت على صفة كانت عليها حالة الرهن .

فأما إذا كان الجنين موجوداً ابتداءً ، وانفصل قبل بيع الرهن ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنه يكون رهناً ؛ لأنه كان موجوداً حالة العقد . والثاني - لا يكون رهناً كالمعدوم ما لم ينفصل ، وقد كان الانفصال بعد الرهن ، وبني الأصحاب القولين على أن الحمل هل يعلم ؟ فإن قلنا : إنه لا يعلم ، فكأن لا حمل ، ونعتق الولادة فائدةً جديدة بعد العقد . وإن قلنا : الحمل يعلم ، فقد تناول الرهن الأم ، ولا مانع في الولد .

وكان شيخنا يقول : إن قلنا : الحمل لا يعلم ، فهو على ما ذكره الأصحاب : وإن قلنا : إنه معلوم ، ففي تعلق الرهن به قولان ؛ فإن الرهن ضعيف لا يقوى على الاستتباع ، ولم يقع التعرض للولد . ولو وقع التعرض له ، لكان فاسداً .

ولو علقت الجارية المرهونة بمولودٍ بتيقن بعد الرهن ولم ينفصل حتى حل الحق ، ومست الحاجة إلى البيع ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنها تباع حاملاً ؛ ويعتقد

(١) مزيدة من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : وكانت .

الولد المجتن في البطن زيادة متصلة ، فقد تعدى الرهن إليه إذا في هذه الصورة .
والقول الثاني - إن الرهن لا يتعدى إليه ، ولا تباع ما دام الولد مجتناً ، وإذا انفصل ،
لم يتعلق استيثاق الرهن به ، وَيَبْعُ الأم دون الولد لا سبيل إليه على ظاهر المذهب ،
فقد تحصلت أحوال أربع : أحدها - أن لا يكون الحمل موجوداً في الطرفين لا عند
العقد ، ولا عند البيع ، ولكن يحدث وينفصل ، فهذا خارج عن الرهن قطعاً منّا .

والحالة الثانية - أن يكون موجوداً في الطرفين ، فلا مبالاة به ، وهو يجري مجرى
الصفة .

الحالة الثالثة - أن يكون موجوداً حالة العقد ، وينفصل قبل البيع ، وفيها القولان .

والحالة الرابعة - أن يتجدد العلوق بعد الرهن ، ولا ينفصل حتى يدخل وقت البيع
وهو مجتن بعد ، وفيه قولان .

٣٧٢٧- أما الثمار إذا لم تكن مؤبرة حالة العقد ، فأُبرت من بعد فطريقان : من
أصحابنا من قال : هي كالحمل ، وقد مضى التفصيل فيه . ومنهم من قال :
لا يتعلق^(١) الرهن به قولاً واحداً ؛ لأنه لم يذكر ، وهو ممّا يفرد بالتصرف ، والتبعية
ضعيفة في الرهن .

وكان/ شيخني يقول : إذا كانت الثمرة غير مؤبرة حالة الرهن ، وبقيت مستترة إلى ١٩٩ ش
وقت البيع ، فالحمل على مثل هذه الصورة يتعلق الرهن به تعلقه بالصفات ، وفي
الثمار طريقان : من أصحابنا من أجراها مجرى الحمل ، وقطع فيها بتعلق الرهن بها .
ومنهم من خَرَجَ التعلق بها على قولين وإن وجد الاكتتام والاستتار في الطرفين ، فهذا
متجه فقيه .

٣٧٢٨- ومما نتكلم فيه اللبن والصوف ، فنقول : أما اللبن الذي يتجدد بعد الرهن
[ويحلب]^(٢) فلا شك فيه ، ولا تعلق للرهن به ، وقد صرح به النبي صلى الله عليه

(١) في (ت ٢) : « يتعلق » بدون (لا) النافية .

(٢) مزيدة من (ت ٢) .

٢٥٠ _____ كتاب الرهن / باب الزيادة في الرهن وما يحدث فيه

وسلم ؛ إذ قال : « الرهن محلوب » ولا شك أنه أراد أن الراهن حالب البهيمة المرهونة ، وراكبها ، والمنفق عليها .

فأما اللبن الكائن في الضرع حالة العقد ، ففيه طريقان : منهم من قال : هو كالحمل . ومنهم من قطع بأن الرهن لا يتناوله ؛ فإنه موجود مقطوع به ، وقد قابل النبي صلى الله عليه وسلم لبن المصرة بعوض .

وأما الصوف الموجود حالة العقد ، فالذي نقله الربيع أنه يدخل تحت العقد ؛ فإنه متصل اتصال خلقة ، وهو ظاهر بادٍ ، فأشبه أغصان الأشجار . والصحيح أنه لا يدخل تحت العقد ؛ فإنه وإن كان متصلاً معدوداً في العرف منفصلاً . ومن أصحابنا من قال : إن كان الصوف مستجزاً حالة العقد ، فهو كالمجروز ، فلا يدخل في الرهن ، وإن لم يكن مستجزاً دخل في العقد ، ثم تلك الجزة متعلق الرهن إذا جزت .

٣٧٢٩- وأما أغصان الأشجار فما لا يعتاد قطعها داخله في الرهن ، وما يعتاد قطعها ثم إنها تنبت أغصاناً من محل القطع كالخلاف ، وما أشبهه ، فهذه الأغصان نزلها العلماء منزلة الصوف ، من جهة أن الصوف ، يستجز ، فتجز ، كما أن الأغصان تستغلظ ، فتقطع .

وأما أوراق الأشجار فما يعتمد قطعها كأوراق الفِرصاد^(١) ، فالقول فيها كالقول في الثمار . وقد ذكرنا أن الثمار لا تدخل ، ثم هي تُخلق ظاهرة ، فكانت كالثمار المؤبرة البارزة .

وأما الأوراق التي لا تقطع ، ولكنها تنثر أو ان الخريف ، فالرهن يتعلق على ظاهر المذهب بها ، وإذا تجمع منها ما يُجمع ، كان بمثابة ما ينتقض من الدار المرهونة . ومن أصحابنا من قال : إذا انتشرت الأوراق أو نثرت ، لم يتعلق استحقاق الرهن بها .

هذا بيان ما يتعلق بالزوائد الموجودة حالة العقد .

(١) الفِرصاد : شجر التوت ، ومعنى « يعتمد قطعها » : أي يُفصد .

٣٧٣٠- ثم كان شيخني يختم هذا الفصل ، ويقول كل حُكم علقناه بالاقتران بالعقد ، فالعقد هو المعتبر لا غير ، حتى لو وجد حالة القبض ، ولم يكن موجوداً حالة العقد ، فهو متجدد . وقد مضى تفصيل القول فيما يتجدد من الزوائد .
ومن أصحابنا من قال : العبرة في الاقتران بوقت القبض ؛ فإنه الركن ، وبه التمام ، وكأن اللفظ جارٍ معه ، وهو غير سديد .
وقد نجز ما أردناه من الكلام في الزوائد العينية التي تقارن العقد ، ثم تنفصل ثم تتجدد من بعد ، وتنفصل أو تبقى إلى وقت البيع .

فَصْلٌ

قال : « وكذلك سكنى الدار ، وزرع الأرض ، وغيرها . . . إلى آخره »^(١)

٣٧٣١- المنافع قسمان : منفعة لا يَنْقُصُ القيمةَ استيفائها ، كالسكنى ، والركوب ، والاستخدام ، فللراهن أن يستوفيها . وقد ذكرنا التردد في طريق استيفائها مع رعاية حق المرتهن في قبضه ويده .
ومنفعة ينقص القيمةَ استيفائها ، كالغرس والتزويج والوطء ، وفي الزرع تفصيلٌ ، على ما سنصفه .

فالقاعدة المعتبرة في هذا القسم أن المنافع ، وإن لم تكن متعلّقةً لوثيقة المرتهن ، فالعين محل الوثيقة على الحقيقة ، فكل انتفاع يؤدي إلى تنقيص القيمة ، فهو ممنوع ؛ من جهة أدائه إلى التأثير/ في محل الوثيقة ، وقد سبق تصوير تأثير الغرس في نقصان ٢٠٠ ي الأرض ، والتزويج لا شك أنه ينقص ؛ فإذا رهن جارية لم يزوجها ، والوطء في التي يخشى علوقها محرّم ، وإن كانت الجارية بحيث لا يخشى علوقها لصغرها ، أو كبرها ، ففي حلّ الوطء وجهان : أشهرهما المنع ، حسماً للباب ، وقياساً على قاعدة العدة ؛ فإن مبناها على استبراء الرحم ، ثم الصغيرة الموطوءة تعدد كالبالغة . وكذلك تعدد الطاعة في السن اعتداد الشابة .

والزراعة إن كانت تنقص قيمة الأرض لتأثيرها في الرقبة وتضعيفها تربتها كالذرة [فيما]^(١) قيل ، فهي ممنوعة إلا أن يأذن فيها المرتهن ؛ لسبب أدائها إلى تنقيص القيمة .

أما زرع سائر الحبوب إذا كان لا يؤدي إلى تنقيص معتبر ، فالنظر فيه إلى مدة بقاء الرهن إلى الاستحصاد ، فإن كان يحصد قبل حلول الأجل ، فلا منع منه ؛ فإن المنفعة تتوصل إلى الراهن ولا تؤدي إلى تنقيص من القيمة ، مع فراغ الأرض عند مسيس الحاجة إلى بيعها في الدين .

فإن كان أمد الزرع يتمادى حتى تبقى الأرض مزروعة عند حلول الحق ، فالمذهب منع الراهن من هذا النوع ؛ فإن الأرض لا يرغب فيها مزروعة كما يرغب فيها وهي فارغة . وقال الربيع : للراهن أن يزرع ، ثم ينظر إلى حالة الحلول ، فإن وفى بيع الأرض دون الزرع بالدين ، فذاك . وإن لم يف ، قلعنا الزرع . ولا معنى [للمنع]^(٢) من إنشاء الزراعة قبل حلول الحق إذا كان الاستدراك ممكناً بتكليف القلع . وهذا تخريج الربيع . والظاهر المنع من الزراعة ابتداءً . وقد ذكرنا مثل هذا الخلاف في إنشاء الغرس .

وأما إجارة المرهون ، نُظر^(٣) فيها ، إن كان حالاً ، فغير جائز . وإن كان مؤجلاً ، ومدة الإجارة تنقضي قبل حلول الحق أو معه ، فالإجارة تنعقد . وإن كانت مدة الإجارة تدوم ولا تنقضي عند الحلول ، فلا نحكم بانعقادها ابتداءً ، لأن مقتضاها التبعض عند مسيس الحاجة ، وتقليل الرغبة^(٤) ، ولا جواز لذلك . والربيع يوافق فيما ذكرناه ، وإن خالف في الزرع من قبل أن الزرع إن أمكن قلعه ، فالإجارة لو ثبتت ، للزمت ، ولا سبيل إلى قطعها على المستأجر .

(١) في الأصل : فيها .

(٢) في الأصل كلمة غير مقروءة . والمثبت من (ت ٢) .

(٣) جواب (أما) بدون الفاء .

(٤) أي الرغبة في شراء المرهون عند بيعه في الدين .

ولو كان الرهن فحلاً ، فأراد الراهن إنزاءه على إناث ، فإن كان الإنزاء ينقص من القيمة ، منعنا منه ، وإن كان لا ينقص ، فلا منع .

وإن كان الرهن أنثى ، فأراد الإنزاء عليها ، نُظر : فإن كان الحمل ينقصها ، منعنا من الإنزاء عليها . وإن كان لا ينقصها ، وفرعنا على أنها قد تباع حاملاً في الدين ، فلا منع . وإن [أبيناً]^(١) يبيعها حاملاً في الدين إذا كان الحمل متجدداً بعد الرهن ، فإذا كان كذلك ، فالإنزاء في أصله ممنوع . وهكذا قياس بين في النفي والإثبات .

٣٧٣٢- وكل منفعة تضمّن إستيفاًؤها نقصاناً ، فاستيفاًؤها بإذن المرتهن جائز ؛ فإنّ الحق له . ومن هذه الجملة الإذن في الوطاء ، وهذا غريب ؛ فإن الوطاء إذا كان ممنوعاً ، لم يستبح بإذن آذن . ولكن حقيقة القول أن الوطاء مباح في نفسه ، والمنع ليس راجعاً إلى عينه ، وإنما المرعي حق المرتهن ، فإذا رضي ، استمر الوطاء على الحل .

٣٧٣٣- ثم قال : « وأكره رهن الأمة . . . إلى آخره »^(٢) .

إن لم تكن الأمة مرغوباً فيها ، لصغرها أو لخستها أو دمامة صورتها ، فلا بأس برهنها وفاقاً . وإن كانت بمحل أن ترمق^(٣) ، فظاهر النص والمذهب يشعر بجواز رهنها ، ثم لا تسلّم إلى المرتهن إن لم يكن مأمون الجانب ؛ فإنه قد يستخلي بها ، ويُلْمُ بها ، وما حرمت الخلوة مع الأجانب في وضع الشرع إلا من الجهة التي أشرنا إليها . ولكن الوجه / وضعها على يدي امرأة أو عدل لا يتطرق إليه إمكان إلمام بها . ٢٠٠ ش وإن كان المرتهن محفوفاً بأهله وذويه وأقربته في دار ، وكانت الحشمة تزعه من الإقدام على الإلمام بها بين أظهرهم ، فهذا من الموانع ، فليعتبر المعتبر ما جعلناه معتبراً الفصل .

(١) في الأصل : أثبتنا .

(٢) ر . المختصر : ٢١٦/٢ . وفي الأصل : « وطاء » مكان « رهن » .

(٣) أي تلفت النظر : يقال : رمقه ببصره : إذا أتبعه بصره ، يتعهده ، وينظر إليه ويرقبه (المعجم) . والمراد هنا أنها بحالة أو صورة تجذب الأنظار ، وتثير الإعجاب . فالكلام على المجاز .

وذكر الشيخ أبو علي في شرح التخليص قولاً أن رهن الجارية الحسناء ممنوع أصلاً ، إلا أن تكون مَحْرُماً للمرتها ، فلا بأس حينئذ .

هذا تفصيل القول في المنافع وجهات استيفائها .

٣٧٣٤- ثم قال الأئمة : لا يُمنع الراهن من تعهد الرهن بما يدفع عنه ضرراً ، أو يحصل خيراً ، فإذا دعت الحاجة إلى حِجَامَةٍ أو فِصْدٍ ، أو توديع^(١) في الدابة ، أو بَرْعٍ^(٢) ، فلا يُمنع الراهن من هذه الأجناس ؛ إذ لا خطر . والحاصل منها دفعٌ أو نفعٌ ، ومن جملة ذلك الختان ، وأبدى بعض الأصحاب خلافاً في الختان عند القرب من حلول الحق ؛ من جهة أن البيع يفرض وروده والمختون أَلَمٌ^(٣) ، وهذا ينقص القيمة ، والرغبة ، وهذا باطل ؛ فإن هذا القدر لا أثر له في النقصان أصلاً ، فلا منع منه ، أما إذا أراد قطع سِلْعَةٍ يخاف سريانها إلى الروح ، أو إلى العضو ، فهذا ممنوع ؛ تخريجاً على القاعدة التي ذكرناها .

٣٧٣٥- وإذا نجز القول في انتفاع الراهن وما يمتنع منه وما يسوغ ، فنقول : مؤنة الرهن في القاعدة الكلية على الراهن المالك ؛ فإن المؤونة تتبع الملك في أصل الشرع ، ثم الذي نص عليه الأصحاب في الطرق أن المؤن الراتبه على الراهن . وإذا امتنع عن شيء منها أُجبر ، ويشهد له حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، إذ قال : « وعلى من يحلبه ويركبه نفقته » فجعل وجوب النفقة في مقابلة ملك الانتفاع ، وأيضاً فإن الراهن ألزم نفسه الوفاء بتحقيق حق المرتها من الوثيقة ، ومن ضرورة هذا الإنفاق على حسب ميسر الحاجة .

وذكر شيخي وطائفة من الأئمة أن الراهن إذا امتنع من الإنفاق ، لم يجبر ولكن

(١) التوديع للدابة كالفصد للإنسان (مصباح) .

(٢) في (ت ٢) : « نزع » ، وغير منقوطة بالأصل . والبرْعُ من قولك : برَعَ البطار الدابة برْعاً ، من باب قتل : إذا شرط حافزها ، علاجاً (للَرْفَصَةِ) وهي نزول الماء في حافر الدابة . فالبرْعُ شرط الحافر لإخراج هذا الماء (ر . الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي : فقرة : ٤٦٨ ، ٤٦٩ ، وأيضاً المصباح) .

(٣) في الأصل : أَلَم . وهي صحيحة أيضاً .

القاضي يبيع جزءاً من المرهون ، ويصرفه في جهة المؤنة على حسب الحاجة ، وهذا فيه نظر ؛ فإن قصاره يؤدي إلى بيع الرهن شيئاً شيئاً في جهة المؤنة ، وهو منافٍ لحقيقة الاستيثاق ، والوجه تكليف الراهن الإنفاق .

وقد تحقق بعد البحث عن الطرق إطباق المرازمة على أن النفقة لا تجب على الراهن ، وإن كان المرهون حيواناً ، فليس إيجابُ النفقة لحق المرتهن وحفظ الرهن عليه ، وإنما تجب لحرمة الروح ، وليس للمرتهن فيه طلبة إلا من جهة الأمر بالمعروف ، والمسلمون فيه شرع^(١) سواء ، وإن امتنع ، فالقاضي يبيع شيئاً من الحيوان على قدر ميسر الحاجة .

وإذا ثبت هذا من مذهبهم في النفقة على الحيوان ، لم يخف قياسهم في سائر المؤن . وحاصل طريق المرازمة أن الإنفاق على الرهن لا يجب لحق المرتهن .

وقطع العراقيون بأنه يجب على الراهن أن يتفق على المرهون إبقاءً لحق المرتهن ، وإدامةً لوثيقته ، واحتجوا عليه بأننا إن كنا نُنْفِقُ على الرهن من الرهن ، والدين مؤجل ، فهذا يُفْضِي إلى رفع الوثيقة ، فالراهن إذا كان يحتاج إلى بذل مالٍ في الإنفاق على الرهن ، فلا فرق عنده بين أن يأتي بطائفة من ماله وبين أن يباع جزء من الرهن . هذا كلامهم .

ونصّ الشافعي في آخر « باب الرهن يجمع شيئين » موافقاً للعراقيين ، وأنا أنقل لفظه على وجهه قال رضي الله عنه : « وإذا رهنه ثمرة ، فعلى الراهن تنقيتها وإصلاحها وجدادها ، وتشميسها كما يكون عليه نفقة العبد »^(٢) وسيأتي في كتاب الإجارة إن شاء الله تعالى ، أنا نوجب على المكري عمارة الدار في يد المكثري ، حتى يتمكن من استيفاء / المنفعة .

٢٠١ ي

والمرازمة فيما أظن يحملون كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم أولاً إذ قال : « وعلى من يحلبه ويركبه نفقته » على أن الراهن لا يرضى ببيع ملكه في نفقته ، وهذا

(١) شرع : بفتح الراء ، وتسكن تخفيفاً ، أي سواء .

(٢) ر . المختصر : ٢١٨/٢ . وفيه : « سقيها وإصلاحها » بدل « تنقيتها وإصلاحها » .

٢٥٦ _____ كتاب الرهن / باب الزيادة في الرهن وما يحدث فيه

عليه الاعتياد الغالب ، فالنفقة عليه لا على المرتهن ، وفرض الامتناع عن النفقة ومسيس الحاجة إلى البيع ليس مما تعرض له الحديث ولا الشافعي .

٣٧٣٦- والمسألة محتملة جداً .

ويتصل بتمامها أنا إذا فرعنا على طريق المرازمة ، فيتشعب منه أن المرتهن إن علم أن النفقة ستأكل الرهن قبل الأجل ، فحق هذا أن يلحق بما يفسد قبل حلول الأجل ، حتى يسوغ للمرتهن طلب بيعه ورده ناضاً يستقل بقاؤه دون مؤنة . وهذا طرف لا بد من عرضه على الفكر .

ولو كان الإنفاق يأكل نصف الرهن مثلاً فينقذح أن يملك المرتهن طلب البيع في جميعه ؛ دفعاً لتفقيص التشقيص أولاً . والآخر أن النفقة تبقى على ما يبقى ثم يتسلسل القول فيه .

فليفهم الناظر ذلك ؛ فإنه لطيف .

ومما يتصل بالمؤمن القول في أجرة البيت الذي يأوي الرهن إليه ، فليلتحق بالمؤمن ، وقد تفصلت . وإنما أفردتها بالذكر ؛ فإن الفطن قد يخطر له أن الحفظ حق المرتهن ، فيختص بالتزام ما يتعلق بذلك . وليس الأمر كذلك بالإجماع .

* * *

بابُ رَهْنِ الرَّجُلَيْنِ الشَّيْءَ الْوَاحِدَ مِنَ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ

قال : « وإذا رهنا عبداً بمائة . . . إلى آخره »^(١) .

٣٧٣٧- إذا رهن رجلان عبداً مشتركاً بينهما بمائة درهم لإنسانٍ عليهما ، وتم الرهن ولزم ، فالمائة مقسطة على الراهنين على كل واحد منهما خمسون فيما نصوره ، فإذا أدى أحدهما ما عليه من المائة ، انفك الرهن عن حصّته في العبد ، وبقي نصيب الثاني من العبد مرتهنّاً بما عليه من الدين . وتعليل ذلك بيّن ؛ فإنّ كل واحد من الراهنين رهن ملكه بما عليه ، وقد أدى تمام ما عليه . ويستحيل أن يبرأ الراهن من الدين ، ويبقى ملكه مرهوناً ، ولو بقي مرهوناً ، لبقى مرهوناً بدين غيره ، ويستحيل ذلك ؛ فإنه ما رهن نصيبه بدين غيره ، وقال أبو حنيفة^(٢) لا ينفك الرهن عن شيء من العبد ما بقي من دين واحد منهما شيء . وهذا ظاهر السقوط .

وإنما نذكر في الأحايين مذهباً يخالف مذهبنا حتى يكون ذلك تذكرة ، ويتمهد الأصل به .

٣٧٣٨- ولو رهن رجل واحد من رجلين عبداً بدينين لهما عليه ، فأَوْجَبَ الرهنَ بلفظه وقبله ، فإذا أدى ما لأحدهما عليه ، انفك الرهن في حصّته ، وانطلق تصرفه فيه ، وبقي الباقي مرهوناً بدين المرتهن الآخر ، وتعليل ذلك أن أحد المرتهنيين استوفى جميع حقه وبرىء الراهن من دينه ، فيستحيل أن يبقى ما كان مرهوناً به على الراهن . وأبو حنيفة يخالف في هذا الطرف أيضاً^(٣) ، ويقول : تمام العبد مرهونٌ عند كل واحد منهما ، وإذا أدى الراهن نصيب أحدهما ، لم ينفك من الرهن شيء ، ثم ناقض

(١) ر . المختصر : ٢١٧/٢ .

(٢) ر . البدائع : ١٣٨/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٣٢٠/٥ ، ٣٢١ .

(٣) السابق نفسه .

٢٥٨ ————— كتاب الرهن / باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد

أصله ، فقال أولاً : جميع العبد مرهون عند كل واحد منهما ، وبني عليه أن الرهن لا ينفك عن شيء من العبد بأداء أحد الدينين ، ثم ناقض وقال : لو هلك العبد وقيمته ألف ، وكل دين ألف ، لم تسقط الألفان بسقوط الدين بتلف المرهون ، ولكن يسقط ش ٢٠١ من كل دين مقدار قيمة الحصاة / المرهونة عنده .

ولا فرق في مذهبنا إذا رهن الرجل من رجلين بين أن يثبت الدينان عليه من جهتين ، وبين أن يثبتا من جهة واحدة ، كإتلاف مقوم عليهما ، أو كإبتياع عبدٍ منهما ، فالحكم ما ذكرناه .

وحكي صاحب التقريب وجهاً [غريباً]^(١) أن الدين إذا ثبت لهما من جهة واحدة ، فلا ينفك الرهن بأداء حصة أحدهما . وهذا غلط صريح ؛ إذ لا يتحقق الشئوع في الدين . وكل واحد يطالب بحقه من غير مزيد ، فبقاء الرهن في تلك الصورة مع سقوط الدين محال . ولا يتصور أن يثبت دينان لرجلين إلا على حكم التعدد والتميز .

٣٧٣٩- ولو استعار رجلٌ من رجل عبداً ليرهنه بمائة ، فرهن من شخصين بمائة ، ثم قضى دين أحدهما ، انفك الرهن في النصف ، كما قدمناه .

ولو استعار من رجلين ، ورهن من رجلين ، ثم قضى دين أحدهما ، انفك الرهن في النصف ، ويقع ذلك النصف للمعيرين لا محالة ؛ فإن الرهن جرى في ملك مشترك ، وحصتين شائعتين ، فينزل الفك على حسب ذلك .

ولو استعار رجلان من واحد ، ورهن من واحد ، ثم قضى أحدهما ما عليه من الدين ، انفك النصف من الرهن ، وعاد إلى المعير . وكذلك لو رهن من رجلين بدينين عليهما .

ولو استعار من شخصين ، ورهن من واحد [فالراهن]^(٢) واحد ، وهو المستعير ، والمرتهن واحد ، فإذا [قضى]^(٣) الراهن المستعير نصف الدين ليفتك نصف الرهن ،

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) في الأصل ، (ت ٢) : والرهن . والمثبت تقدير من بناء على السياق .

(٣) في الأصل ، (ت ٢) : اقتضى . والمثبت تقدير من المحقق مراعاة للمعنى الذي سيظهر تماماً في بسط المسألة الآتي قريباً .

ففي المسألة قولان ، نص عليهما في الرهن الصغير^(١) : أحدهما - لا يفتك من الرهن شيء ؛ لأن الدين واحد ، ومستحقه واحد ، وقد وقع الرهن من واحد بدين واحد ، وحكم الرهن أن يكون كله متعلقاً بكل جزء من الدين الواحد ، وما ذكرنا من الصّور قبل هذا مضمونه تعدد الدين ، إمّا بتعدد من عليه ، وإمّا بتعدد مستحق الدين ، وإمّا بالتعدد من الجانبين ، فجرت تلك التفاصيل بناء على تعدّد الدين ، والدين متحد في مسألتنا ، وإنما وجد التعدد في مالك الرهن . وسبب التمكن من تصوير العدد في الملك مع اتحاد الدّين والراهن والمرتهن التصوير في الرهن المستعار ؛ فإن الملاك المتعديدين لا دين عليهم ، والراهن لا ملك له ، فلما اجتمع عدد المالك حيث لا دين ، واتحاد الراهن الذي عليه الدين ، ولا ملك له ، انتظم منه القولان .
وقد ذكرنا أحدهما .

والقول الثاني : أنه ينفك ، لأن صَدَرَ^(٢) الرهن عن ملكين ، فينبغي أن يكون ذلك كما لو صدر عن دينين .

٣٧٤٠- ولا يتم الغرض في هذا ما لم نوضح التصوير ببيانٍ أظهر ممّا ذكرناه .
فالمسألة فيه إذا استعار رجل عبداً من رجلين مشتركين فيه ، ورهنه بألف درهم من رجل واحد ، ثم أدى خمسمائة .

هذا أصل التصوير . وتماه أنه [إن]^(٣) نوى بالخمسمائة فكّ نصيب أحدهما ، وعين ذلك الشخص بقصده ، فالمسألة تخرج على قولين : أحدهما - أنه لا ينفك شيء . والثاني - ينفك حصة من عينه^(٤) . وأما إذا قصدنا بخمسمائة أن تؤدّى على الشيوخ ، من غير تخصيص بحقه ، فلا ينفك في هذه الصورة من الرهن شيء ؛ فإنه إذا تحقق تقدير أداء البعض عن كل حصة ، فتلك الحصّة بكمالها تبقى مرتبهة إلى تقدير أداء جميع مايقابلها من الدين . هذا حكم الرهن ، فتصوير محل القولين يفتقر إلى

(١) ر . الأم : ١٧١/٣ .

(٢) صَدَرَ : بفتحين أي صدور .

(٣) مزيدة من المحقق مراعاة لاستقامة الكلام .

(٤) هذا التصوير بعينه في (الأم) في الموضع المشار إليه آنفا .

فرض قصد المؤدي في فك إحدى الحصتين .

ي ٢٠٢ ولو استعار عبيدين من شخصين ، ورهنهما/ من رجل واحد بدين عليه متحد ، ثم قضى نصف [الحق]^(١) وقصد فك الرهن في أحد العبدین ، وكانت قيمة كل واحد منهما مائة ، فقد اختلف أصحابنا في هذه المسألة على طريقتين : فذهب جمعُ من الأصحاب إلى أنه يفتك الرهن في العبد الذي عينه بقصده ؛ ففرق هؤلاء بين العبدین والعبد الواحد ؛ من جهة تعدد المحل وتميز أحد العبدین عن الثاني .

وذهب المحققون إلى طرد القولين في صورة العبدین إذا اتحد الدين باتحاد الراهن ، فالتعويل على اتحاد الدين وتعدد المرهون لا ينظر إلى تعدده واتحاده ، ولا يشك الناظر أن مسألة العبدین فيه إذا انفرد كل مالك بعبد ، فعند ذلك تخيل أقوام الفرق ، فأما إذا كانا مشتركين بين سيدین ، فلا يخفى أن المسألة من صور القولين . ونقل بعضُ الأئمة عن الشافعي في الأم نصاً غريباً ، وهو أنه قال : إن كان المرتهن عالماً بحقيقة الحال ، وكون المرهون مستعاراً من شخصين ، افتك الرهن في النصف ؛ لمكان علمه بتعدد مالك الرهن ، فإن لم يعلمه ، لم يفتك . وهذا لا ندرى له وجهاً ؛ فإن عدم الانفكاك سببه اتحاد الدين ، وعدم النظر إلى تعدد المالك واتحاده . وهذا لا يختلف بعلم المرتهن وجهله .

نعم يؤثر العلم والجهل في شيء آخر ، وهو أن من رهن عبداً مستعاراً من مالكين عند رجل واحد بثمن مشروط بالرهن ، وفرعنا على أن أداء ما يقابل نصيب أحد المعيرين يوجب انفكاك الرهن في حصته ، نظر في المرتهن : فإن كان جاهلاً بتعدد المالك وصفة الحال ، ثبت له الخيار إذا تبين الأمر ؛ فإنه بنى الأمر على رهن مطلق بدين واحد ، وموجه أن لا ينفك منه شيء ما بقي من الدين شيء . وإن كان عالماً بحقيقة الحال دارياً بأن ذلك يُقضي إلى تبعض في الفك ، فلا خيار له إذا حصل التبعض في الفك .

ولو كان بين رجلين عبد مشترك ، فأذن أحد الشريكين لصاحبه في أن يرهن نصيبه

(١) في الأصل : الرهن .

كتاب الرهن / باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد ————— ٢٦١

من المشتري مع نصيبه المملوك له ، فرهن العبد ، ونصفه ملكه ، ونصفه مستعار من شريكه ، بالدين الواحد الذي عليه ، فلو قصد فكَّ الرهن في نصيب نفسه وإبقائه في نصيب الشريك المعير ، أو على العكس ، ففي المسألة القولان المقدمان ؛ فإن المالك متعدد ، وأحدهما المعير ، والثاني الراهن ، والدين متحد . وهذا منشأ الخلاف .

٣٧٤١- ولو وكل رجلان رجلاً واحداً ليرهن عبداً لهما من واحد ، بدين لذلك الواحد عليهما ، فإذا قضى أحد الموكَّلين نصيبه من الدين ، فقد ذكر بعض أصحابنا أن هذا من صور القولين ؛ لأن الراهن متحد ، وكذلك المرتهن ، والراهن المتحد هو الوكيل .

وهذا خطأ ، ولا ننظر إلى اتحاد الراهن من طريق الصورة ، وإنما يفهم عقد هذا الباب من يدري أن قطبه ومداره على اتحاد الدين ، وإذا كان لرجل على رجلين دين ، فهو في التحقيق دينان ، ولا يتصور اتحاد الدين مع تعدد المستحق أو تعدد المستحق عليه .

فصل في

قال : « ولو كان الرهن ممّا يكال ، كان للذي افتك نصفه أن يقاسم المرتهن بإذن شريكه . . . إلى آخره »^(١) .

٣٧٤٢- إذا رهن رجلان شيئاً من المكيلات مشتركاً ، أو من الموزونات ، فإذا قضى أحدهما نصيبه من الدين ، فقد افتك الرهن في نصيبه ، بناء على ما مهدناه ، من تعدد الدين . قال الشافعي : « للذي افتك نصيبه أن يقاسم » وهذا الذي ذكره جواب^(٢) على قولنا : « القسمة إفراز حق » . فإن جعلناها/ بيعاً ، لم يجز ، لأنه يؤدي إلى بيع ٢٠٢ ش المرهون بغيره^(٣) ، وهذا أصل يجري على الاطراد فيما يمتنع البيع فيه ، ففي إجراء

(١) ر . المختصر : ٢١٧/٢ .

(٢) كذا في النسختين ، ولعلها : جار .

(٣) فنصيب الشريك الذي افتك لم يعد رهنًا ، وهو شائع مختلطٌ بنصيب شريكه ، فلو قلنا : القسمة =

٢٦٢ ————— كتاب الرهن / باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد

القسمة قولان مبنيان على أن القسمة إفرازٌ أو بيع ، وقد يطرأ على قول البيع في بعض المواضع قول في جواز القسمة ؛ وذلك لمكان الضرورة . وهذا كما سنذكره في قسمة الوقف ؛ فإنه على التأييد والشركة القائمة قد تجرّ عسراً عظيماً . فإذا لم تفرض ضرورة ظاهرة ، انطبق جواز القسمة ومنعها على القولين في أن القسمة بيع أم ليست بيعاً . ومسألتنا من صور القولين ؛ فإن الرهن ينفك عما قليل ، فلا يظهر الضرر .

٣٧٤٣- ثم ذكر الشافعي لفظاً ، فقال : « للذي افتك نصيبه أن يقاسم المرتهن بإذن الشريك » .

قلنا : المقاسمة الحقيقية تجري مع الشريك ؛ فإن المقسوم هو الملك ، وهو منسوب إلى المالكين ، ولكن الشافعي توسع في الكلام ؛ إذ قال : يقاسم من افتك نصيبه المرتهن ، وحقيقة الاقتسام يتعلق بالمالك ، والمرتهن^(١) ليس مالكا ، حتى إذا فرّعنا على إجراء القسمة ، فقد اختلف أصحابنا في أن إذن المرتهن ، هل يشترط ؟ فمنهم من قال : لا يشترط إذنه ، ولا تعلق للقسمة به . ومنهم من قال : لا بد من مراجعته لمكان حقه ، [وهذا كقولنا : لا يصح بيع الرهن دون مراجعة المرتهن ، وإن زعم الراهن أنه يبيعه في حقه]^(٢) .

ثم القسمة في المكيلات والموزونات قسمة إجبار ، فمن دعا إليها أجابه الحاكم ، وإن امتنع الشريك المالك ؛ فلا أثر للمراجعة ؛ فإن المستدعي مجاب . نعم ، حق على الحاكم أن يراجع الشريك ؛ فإن أطاع ، كان هو المنشئ للقسمة ، وإن أبى ، فإذا ذاك يظهر إجبار الوالي ، وعلى هذا التفسير في مراجعة المرتهن من الخلاف ما قدمناه . فافهموه .

ولا يختص ما ذكرناه بالمكيلات والموزونات ، ولكن كل قسمة يجري الإيجاب عليها على الجملة ، فإذا فرض الرهن في جنسه ، فالكلام في القسمة فيه على ما مضى .

⁼ بيع يكون قد بيع شيء من الرهن بغيره ، ليصير رهناً ، والرهن محبوسٌ للمرتهن لا يجوز بيعه .

(١) في (ت ٢) : « الراهن » وهو سبق قلم واضح .

(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

٣٧٤٤- ولو رهن رجلان عبيدين مشتركين بينهما بدين كان لرجلين عليهما ، ثم قضى أحدهما ما عليه من الدين ، فافتك الرهن في نصفي العبدین ، فلو قال لشريكه : العبدان متساويان في القيمة ، فتعال نقتسمها ، وينفرد كل واحد منا بعبد ، فهذه القسمة ليست قسمة جزئية ؛ إذ لا يعبر عن الحصتين فيهما بجزأين ، بل لو جرت ، لانفرد كل واحد بشخص ، وهذا النوع يسمى قسمة التعديل ، ومعناه أنها لا تعتمد إلا تعديل القيمة .

فالقِسَمُ ^(١) ثلاثٌ : منها ما يعتمد الجزئية المحضّة ، وهي في المثليات ، ومنها ما يعتمد التعديل في القيمة والجزئية ، وعليها بناء قسمة الأقرحة ^(٢) والدور . والإجبار يجري في هذين القسمين . والقسم الثالث - يعتمد تعديل القيمة ، ولا مجال للجزئية فيه ، كتمييز عبدٍ من عبد ، وكوضع القسمة على أن ينفرد شريك بدار ، وينفرد الآخر بدار أو بستان ، أو سلعة من المنقولات . وللشافعي في الإجبار على هذه القسم الأخير قولان سيأتي ذكرهما في باب القسام ، إن شاء الله تعالى .

فإن قلنا : يجري الإجبار على هذه القسمة ، فمن أصحابنا من قال : هذا النوع بيعٌ قولاً واحداً . ومنهم من قال : هو خارجٌ على القولين . فإن قلنا : هي بيع قولاً واحداً ، امتنع جريانها في الرهن . فإن قيل : أرايت لو رضي المرتهن ؟ قلنا : لا يصح مع رضاه أيضاً ؛ فإن رضاه يعمل في فك الرهن ، فأما في بيع الرهن بما ليس برهن ليصير رهناً ، فلا مساع لهذا أصلاً . والأجوبة وإن اختلفت في جواز نقل الرهن من عين إلى عين على حكم التراضي ، فلا اختلاف في أن التبادل بصيغة البيع لا يجوز . ٢٠٣ ي

وإن قلنا : القولان جاريان في هذا الضرب من القسمة ، فإن قلنا : لا إجبار عليها ، فصحة القسمة مبنية على القولين ، كما ذكرناه . ولكننا ذكرنا اختلافاً في القسمين المتقدمين في أن المرتهن هل يُراجع ؟ فإن قلنا ثمّ : يراجع ، فلأن يراجع هاهنا أولى . وإن قلنا ثمّ : لا يراجع ، فهاهنا وجهان ذكرهما القاضي .

(١) جمع قسمة .

(٢) الأقرحة : جمع قراح ، وزان كلام ، المزارع التي ليس فيها بناء ، ولا شجر (مصباح) .

٢٦٤ ————— كتاب الرهن / باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد

والأصح عندي أنه لا بد من مراجعة المرتهن ، فإن ضرورة الإجبار إن أوهب^(١) حق المرتهن فيما تقدم ، فيبعد جداً في صورة لا إجبار فيها أن يخرج عن حق المرتهن في معرض التراضي شيء كان متعلقاً حقه .
فليفهم الناظر ما يمر به من البدائع .

٣٧٤٥- ثم ذكر الشافعي بعض تفريعات رهن المستعار ، وبين أن حق المستعير أن يذكر للمستعير الدَّيْن الذي يرهن به . وهذا تفريع منه على أن رهن المستعار ينحى به نحو الضمان .
وقد تقصينا بما فيه مقنع .

فَضْلُكَ

قال : « ولو رهن عبده رجلين ، وأقر لكل واحد منهما بقبضه كله . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٧٤٦- هذا الفصل فيه تعقد من جهة التصوير ، لا من مأخذ الفقه ، والتدرج إلى البيان فيه يستدعي الاعتناء بالتفصيل .

فنقدم أولاً على الخصوص في المقصود تجديد العهد بأمور سبق تمهيدها : أولاً- إذا أقر المالك بأنه رهن عبده من زيد ، ثم بان أنه رهنه من عمرو ، وسلمه إليه ، ولم يتعرض في الإقرار الأول للقبض ، وإنما ذكر الرهن المطلق ، فيسلم الرهن إلى المقر له الثاني ؛ من قبل أنه لم يعترف في حق الأول إلا بالرهن ، ولو رهن من رجل ، ولم يُقبض ، ثم رهن من الثاني وأقبض ، فيرتفع الرهن الأول ، ويتم الثاني . هذا إذا جرى الإقراران على هذا الترتيب .

ولو قال أولاً : رهنت من زيد عبدي هذا ، وسلمه إليه ، ثم أقر بعد ذلك أنه رهنه

(١) أوهب : دام (المعجم) . فكأن المعنى : إن دام حق المرتهن مع القول بالإجبار ، فيبعد - ضرورة - ألا يكون له الحق في صورة عدم الإجبار . والله أعلم .

(٢) ر . المختصر : ٢١٧/٢ .

أولاً من عمرو ، وسلمه إليه ، فكان إقراره الثاني مخالفاً للأول . أما الرهن ، فهو في ظاهر الأمر مسلّم إلى المقر له أولاً ، وهل يغرم المقر للمقر له ثانياً قيمة ذلك الرهن لتوضع رهناً ؟ فهو على قولين مأخوذ من أصل معروف في أن الحيلولة في الأموال بالأقارير [وبالشهادات هل توجب الغرامة على المتسبب إلى إيقاعها بالإقرار]^(١) أو بالشهادة المتصلة بحكم الحاكم ؟ هذا الأصل على قولين .

ومن صورته لو قال : غصبت هذه الدار من فلان ، لا بل من فلان .

وسياتي تفصيل ذلك إن شاء الله عز وجل في كتاب الغصوب ، وفيه يتبين تفاوت المراتب في مسائل الأصل ، ويتسلسل الترتيب ، وما ذكرناه من القولين في الرهن ليسا على كمال البيان .

وكمال بيانهما في أثناء الفصل ، وإنما غرضنا التنبيه على ما يُفضي إليه الإقرار الثاني من أمر الغرم .

٣٧٤٧- ومما نقدمه أن المالك لو قال : رهنْتُ عبدي فلاناً من زيد وأقبضته ، بعد أن كنتُ رهنته من عمرو وأقبضته ، فصدق الإقرار يقتضي تقديم زيد . ومنتهى الكلام المنعطف على أوله يقتضي أن يكون المتقدم عمراً .

هذا تخريج على القولين في أن الاعتبار في مثل ذلك بأول الإقرار ، أو بآخر الكلام المتواصل . فإن قلنا : الاعتبار بآخر الكلام ، فالمقر له بحق السبق هو المذكور آخراً . وإن قلنا : الاعتبار بصدر الكلام ، فالمقر له أولاً هو المذكور أولاً في صدر الكلام ، وهذا مأخوذ من قول القائل : لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر ، فإن بنينا الأمر على آخر الكلام ، لم نلزمه شيئاً ، وإن بنيناه على أوله ، ألزمناه الألف المقر به ، المذكور صدرأ في الكلام ، وأحبطنا الآخر ، وسياتي / بيان هذا في الأقارير إن شاء الله .

ش ٢٠٣

فإذا تبين الاختلاف في مسألة الرهن في أن الأول في ظاهر الحكم مَنْ ؟ فمن قدره أولاً ، فالرهن مسلم إليه ، وهل يغرم المقر لمن تقدّره آخرأ أم لا ؟ فعلى ما قدمناه من القولين .

٣٧٤٨- عاد بنا الكلام إلى الهجوم على مقصود الفصل . فإذا ادعى رجلان على واحد ، كل واحد منهما يدعي عليه أنه رهن عبده منه وسلمه إليه ، وقال كل واحد منهما : إنه بعدما سلمه إليه رهنا مستحقاً ، انتزعه من يده غصباً أو استعاره منه وسلمه إلى الثاني .

ونفرض المسألة فيه إذا لم يكن لواحد منهما بينة ؛ فإن القول في البيّنات وتعارضها لا يبين إلا في كتاب الشهادات ، فإذا لا بينة ، والدعوتان مطلقتان ، لا تاريخ في واحد منهما ، إلا أن كل واحد منهما يدعي السبق والتقديم بالقبض ، فلا يخلو إما أن يكون العبد في يد المالك أو في أيديهما ، أو في يد أحدهما :

٣٧٤٩- فإن كان في يدي المالك ، أو يدي وكيله أو نائبه ، فلا يخلو في التقسيمة الأولى إما أن يصدقهما ، وإما أن يكذبهما ، وإما أن يصدق أحدهما ويكذب الآخر ، فإن كذبهما ، فالقول قوله مع يمينه ، فيحلف وينتفي العقدان .

وإن صدق أحدهما وكذب الثاني ، حكم بالرهن في ترتيب الكلام للمصدق منهما . وهل للمكذب أن يستحلف المقرّ ؟ هذا يبتني على أنه لو أقر له بعد أن أقر للأوّل ، فهل يغرم القيمة للثاني ؟ فعلى قولين ، نهنا عليهما في صدر الفصل . فإن قلنا : لا يغرم ، فلا فائدة في تحليفه ؛ فإن اليمين تعرض حتى يهابها المعروض عليه ، ويقرّ . ولو أقر لم يكن لإقراره حكم في حق الثاني : لا في نقض حق الأول من الرهن ، ولا في إثبات العوض ، فلا معنى لليمين إذا .

وها هنا تنبيه على خبط لبعض الأصحاب ، تردد في مواضع فإن قلنا : لا يحلف المقرّ ، فلا كلام . وإن قلنا : يحلف ، فإن حلف ، فلا كلام . وإن نكل ، رُدّت اليمين على المدعي ، فإن نكل كان نكوله بمنزلة حلف صاحبه . وقد مضى حكم حلفه . وإن حلف ، فقد قال بعض أصحابنا : هذا يبتني على أن يمين الرد بمثابة إقرار المحلف الناكل ، أو بمثابة بيّنة مقامة في الخصومة ؟ فإن قلنا : هي بمثابة إقراره ، فلا يثبت إلا الغرم ، كما تفصل من قبل . وإن قلنا : يمين الرد كمينه ، فقد قال بعض الضعفة : تجعل يمين الرد كمينه في الواقعة ، تريل يد المقر له أولاً ، ويسلم الرهن إلى الثاني ، كما لو قامت بينة على حسب هذا .

وهذا غلط صريح ، صرّح الأصحاب بنقله ، ونحن لا نقل أمثاله إلا للتنبيه على كونه زللاً .

والوجه فيه أن يمين الرد لا يكون كبيته في حق غير المتخاصمين ، واعتقاد هذا محالٌ ؛ فإن قصاره أن يصير نكولٌ من خصم ، ويمين من آخر حجةً على غيرهما ، ولا يصير إلى اعتقاد هذا ذو لب ، وإذا كان غلطاً ، فلا معنى للاعتناء بالتفريع عليه على عادتنا في العرض . ولكن القدر الذي فرعه الأصحاب على هذا الوجه الضعيف أنا لو استرددنا الرهن من الأول ، وردناه إلى الثاني ، فالأول هل يغرم القيمة ؛ من حيث قصر فلم يحلف ؟ فيه طريقان : منهم من قال : قولان ، ومنهم من قطع بأنه لا غرم عليه للأوّل ؛ فإنه إن كان يلتزم بالإقرار الثاني بعد الإقرار الأول غرمًا ، فسببه أنه قال ما كان من حقه أن لا يقوله ، وتقصيره في مسألة الحلف امتناعه من اليمين ، ويبعد أن يوجب ذلك تغريمًا .

ولا ينبغي أن نزيد على هذا الخط في تفريع / أصل هو خطأ . ٢٠٤ ي

هذا كله فيه إذا كذبهما ، أو كذب أحدهما وصدق الثاني .

٣٧٥٠- فإن صدقهما ، وقال : قد رهنت منك ، وسلمته إليك ، وقال للآخر : قد رهنته منك وسلمته إليك ، وكنت في أحد الرهنين والتسليمين مبطلًا ، ولست أدري من المحق منكما ومن المبطل ، وكيف جرى تأريخ سبق والتقدم ، فإذا قال المالك ذلك ، لم يخل المدعيان إما أن يدعيا علمه ، فكلُّ يقول : تعلم سبقي وتنكر علمك به ، وإما ألا يدعيا علمه ، فإن لم يدعيا إحاطته بحقيقة الحال ، فلا نزاع لهما معه ، والخصومة بين المدعين ، فلكل واحد منهما أن يحلف صاحبه ، فإن تحالفا أو نكلا ، عسر إمضاء الأمر بينهما ، ولم يكن أحدهما أولى بحقه من الثاني .

قال الأصحاب : إذا انتهى الأمر إلى هذا المنتهى ، انفسخ الرهن . قال الشيخ أبو محمد : يمكن أن يجعل هذا بمثابة ما لو تحالف المتبايعان ، وفيه خلاف في أن العقد ينفسخ أو يُفسخ ، ثم إن قلنا : ينشأ فسخه ، فالقاضي يفسخ أو المتعاقدان ، فليخرج هذا على ذاك ، فإن حكمنا بالانفساخ ، أو نفذنا الفسخ كما سنذكره ، فالقول

٢٦٨ _____ كتاب الرهن / باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد
في الظاهر والباطن يعود ، وهذا اختلافٌ حقه الجريان في كل موضع ترتب الحكم
بالفسخ فيه على الإشكال ، وتعذر إمضاء العقد .

فإن قلنا بالانفساخ ، وهو الذي أطلقه الأصحاب في هذه المسألة ، فلا كلام .
وإن قلنا بإنشاء الفسخ ، فليس ذلك إلى المدعيين ، ولكن يفسخ الحاكم . ويبعد أن
يقال : يفسخ المالك ؛ فإن الخصومة ما تعلقت به : فالوجه والله أعلم تفويض الأمر
إلى الحاكم . فإن قيل : إذا استوى المتداعيان في الحلف ، أو في النكول ، فهلا قلتم
يقسم الرهن بينهما ؟ قلنا : تداعيا عقداً ، والعقود لا تقبل التقيسيط . وسيكون لنا إلى
هذا الفصل عودة في أثناء الكلام ، إن شاء الله تعالى .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، قُضي للحالف . وكل ذلك فيه إذا لم يدعي علمَ
المالك .

٣٧٥١- فإن ادّعى علمه ، وكلّ يدعي علمه على وفق ما يدعيه ففي ذلك مسائل :
إحداها - أن ينكل عن اليمين في حقهما جميعاً ، فتعود الخصومة إليهما ، كما لو لم
يدعي علمه ؛ فإنه بنكوله عن اليمين حسم باب العلم ، وأبهم الأمر . وإذا عادت
الخصومة إلى المتداعيين ، فقد تفصل ذلك بما فيه مقنع .

ولو حلف المالك على نفي العلم في حق كل واحد منهما ، ففي المسألة وجهان :
أحدهما - أن هذا منتهى الخصومة ، وقد تحقق تعذر الإمضاء ، فيترتب على حلفه
لهما على نفي العلم انفساخُ الرهنين . ثم الكلام في الانفساخ ما مضى .

والوجه الثاني - أنّ فائدة حلفه لهما أن تنقطع الخصومة عنه من جهتهما ،
والخصومة قائمة بين المتداعيين ما بلغت منتهاها ، وهذا الوجه الثاني ذكره صاحب
التقريب وشيخي وهو حسن فقيه .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً ثالثاً - أن الرهن بين المتداعيين نصفان ؛ إذ هو مُقرّر
لهما ، وقد أشكل المتقدم منهما ، ولا يمكننا أن نجعل العين كلّها رهناً من كل واحد ،
ولا من واحدٍ على التعيين ، فالتقيسيط أعدل . وهذا [و]^(١) إن كان مشهوراً ، فليس

كتاب الرهن / باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد ————— ٢٦٩
يستند إلى فقه مُبين ، مع بقاء المتداعيين على النزاع القائم .

نعم لو اعترفا بالالتباس كما حلف المالك عليه ، فالمصير إلى التقسيط في مثل ذلك رأي قد نقول به ، في الأملاك المُشكِلة ، المترددة بين طائفة من المدعين ، على ما سيأتي بيان الأملاك المشكلة بين المتنازعين ، ثم [حكمها]^(١) إذا اعترفوا بالإشكال .

ثم قال القاضي إذا ذكرنا/ وجهاً في أن الرهن بينهما ، وقد حلف المالك ، فهذا ٢٠٤ ش الوجه يخرج إذا نكل عن اليمين في حقهما جميعاً ؛ إذ لا فرق .
هذا كله إذا التبس الأمر كما قدمناه .

٣٧٥٢- فأما إذا أقر لأحدهما ، بإقراره له مقبول . وهل يحلف للثاني ؟ فعلى وجهين ، أو قولين : أحدهما - أنه يقبل إقراره للمقر له بلا يمين ؛ إذ الملك له ، وإليه الرجوع . ولو رجع عن إقراره ، لم ينفعه رجوعه .

والثاني - يحلف . وهذه الأصول الملفقة راجعة إلى قواعد مضبوطة . فتحليفه في حق الثاني مأخوذ مما تقدم ، من أنه هل يغرم للثاني لو أقر له . وقد مضى هذا . وعليه بنينا مسألة في الجنايات من كتاب الرهن ، وهي أن الراهن لو أقر بعد جريان القبض في الرهن بجناية قبل الرهن ، وقلنا : القول قول الراهن ، فهل يصدق بلا يمين ؟ أم لا بد من تحليفه ؟ فيه قولان : فإن قلنا : إنه يحلف ، فلو حلف ، انقطعت الخصومة ، واستمر الإقرار ، وإن نكل عن اليمين ، ونكل المدعي أيضاً عن يمين الرد ، فهو كما لو حلف المقر المالك .

وإن حلف من ردنا عليه ، فمن أصحابنا من قال : في المسألة وجهان : أحدهما - أنه يفسخ الرهنان ، والثاني - يقسم بينهما . وهذا القائل يزعم أن الإقرار السابق حجة ، ويمين الرد من المدعي الثاني حجة ، وينزل ما تقدم مع ما تأخر منزلة ما لو ادعى المرتهنان عليه ، فحلف لا يعلم ، وذلك أن حلفه في الصورة المتقدمة يُلبس

(١) في الأصل ، (ت ٢) : حكمهما . والمثبت تقدير من المحقق ؛ إذ الضمير يعود إلى الأملاك المشكلة .

٢٧٠ _____ كتاب الرهن / باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد

الأمر ويُعمي الخصومة ، ويوجب استواء المرتهنين . ثم ينشأ من استوائهما أوجهٌ ، قدمناها . وجهان^(١) منها : أن الرهن بينهما ؛ إذ الرهنان ينفسخان ، وقد تحقق الاستواء بالإقرار ، ويمين الرد . وهذا مسلكٌ لبعض الأصحاب . وإذا قيل له : فلو أقرّ للثاني بعدما أقرّ للأول ، لم يتضمن إقراره للثاني المترتب على الأول استواءً بين المرتهنين ، حتى يقضى بانفساخ الرهن أو انقسامه ، قال مجيباً : الإقرار الثاني مردود إلا في حق الغرم ، واليمين الصادرة من المدعي حجة انتظمت الخصومة بها ، وأفضت إليها ، فلم يكن كإقرار ثانٍ بعد الإقرار الأول .

وسلك بعض أصحابنا مسلكاً آخر ، فقال : إن جعلنا يمين الرد بمثابة الإقرار ، فلا يستفيد الحالف المردود عليه حيث انتهى التفريع إليه إلا الغرم ، كما قدمناه . وإن جعلنا يمين الرد بمثابة بيّنة ، فالرهن يسلم إلى الحالف الآن ؛ ويبطل حكم الإقرار الأول . وهذه الطريقة ضعيفة .

والطريقة الصحيحة القطع بتقرير الرهن الأول على موجب الإقرار الأول ، من غير أن يُنْبَع بشركة أو نقض ، أو انفساخ ؛ فإن الانفساخ يعتمد الإشكال ، وقد استقل الإقرار الأول في البيان . والشركة تعتمد الاستواء ، ولا استواء مع التقدم والتأخر . ونقض الرهن الأول ، وتسليمه إلى الثاني نتيجة بيّنة تقوم ، وقد ذكرنا أن يمين الرد ليست بيّنة في حق غير الناكل والمردود عليه ، فقد بطلت هذه المآخذ . ولم يبق إلا القطع بأن الرهن يسلم إلى الأول ، والناكل يغرم للحالف القيمة ؛ فإذا تبين جواز تحليفه على تقديم الغرم ، لا ينقذ عندنا في القياس إلا هذه الطريقة .

٣٧٥٣- وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الرهن في يدي الراهن أو في يدي نائبه ، بتقدير نزره الرهن ممن سلمه إليه .

وقد أجربنا المذهب بكماله في هذا الطرف . ولكننا نخشى أن يتخبط على الناظر ، فاللائق بطلب البيان أن نترجم ما قدمناه إلى الآن ، ثم نبتدئ القسم الثاني .

ي ٢٠٥ فنقول : / إذا جرى رهنٌ وتسليمٌ من رجلين ، وعسر درك السابق منهما ، فإن ادعيا

(١) كذا في النسختين ، ووجهها أنها في محل (البدل) من (أوجه) .

علماً على الراهن والرهن في يده ، فإن حلف لا يعلم ، فقد أشكل الأمر من جهته ، ونشأ منه أوجه : أحدها - قسمة الرهن ؛ أخذاً من استواء المدعين . والثاني - انقسام الرهن ، تلقياً من الاستواء . ولا تبعض بينهما بالاتفاق . والثالث - وهو الأصح الأقيس أن المرتهنين لا بد وأن يختصما . فإن تحالفا ، أو نكلا ، اعترض عند ذلك الانفساخ - والفسخ في معناه - أو القسمة ، للاستواء . وإن حلف أحدهما ، قُضي له ؛ فإنه منتهى الخصومة .

هذا إذا ادّعى علم الراهن ، فحلف . فأما إذا نكل ، فلا تقف الخصومة على النكول ، وجهاً واحداً ؛ فإن القضاء بالنكول لا يلائم مذهبنا ، ولكن تسترسل الخصومة على المدعين . ثم قد ذكرنا منتهى خصومتها .
هذا إذا ادعى علمه .

[فإن]^(١) لم يدعى علمه ، فلا يتركان والاختصاص من غير مراجعة المالك . ولكن لو اعترفا بأنه لا يعلم ، وهو معترف أيضاً ، فيكون هذا بمثابة ما لو نكل عن اليمين الموجهة عليه في دعوى العلم . ثم منتهى خصومتها إذا أفضى إلى استواء في نكول أو حلف ، عاد الوجهان في الانفساخ والانقسام . وإن وقعت الخصومة على حلف من أحدهما ، ونكول من الثاني ، جرى القضاء باليمين ، لا محالة .

ولو قال الراهن : أنا على [علم]^(٢) ، وأقر لأحدهما ، واليد له ، نفذ إقراره . ولو أقر للثاني ، فقولاً الغرم ، وإن لم يقر ، ففي التحليف قولان مأخوذان من الغرم . فإن حلف ، انتهت الخصومة ، واستقر الرهن على موجب الإقرار . وإن نكل ، ونكل المدعي ، فهو كما لو حلف .

وإن حلف المدعي ، تحزب الأصحاب أحزاباً ، وذكروا طرقاً ثلاثة ، أتينا عليها في آخر التفصيل ، وارتضينا الصحيح الجاري على القياس .
هذه ترجمة ما قدمناه .

(١) في الأصل : وإن . والمثبت من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : علمه .

٣٧٥٤- ونحن نخوض الآن في القسم الأخير من مضمون أصل الباب . فنقول : كل ما ذكرناه فيه إذا كانت اليد فيه للراهن ، فأما إذا كانت اليد لأحد المدعين ، أو كان الرهن في أيديهما جميعاً ، فنقول في ذلك : لو كان في يد أحد المدعين ، نظر ، فإن أقر المالكُ لصاحب اليد ، حكم له بالرهن ؛ فإنه حصلت له شهادة اليد ، وإقرار المالك . وإن أقر المالك لصاحبه الذي لا يد له في الحال ، وزعم أن هذا المرتهن الذي هو ذو اليد ، أزال يده التي أثبتها له ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنا نرجح الإقرار على اليد ؛ فإن قول المالك هو المعتبر ، وإليه الرجوع ، واليد لا تدل على الرهن وإنما تدل على الملك . على تفاصيل ستأتي ، وذو اليد ليس يدعي إلا حقَّ الرهن .

والقول الثاني أن الترجيح لليد . وهذا ضعيف لما قدمناه . وإن كان مشهوراً . وصاحبه يقول : إذا كنا نرجح اليد في دعوى الملك ، فاعتبارها في دعوى الوثيقة ليس بعيداً ، واليد أليق بالرهن منها بالملك ، فإن القبض ركن الرهن ، ولا يكاد يخفى فرض المسائل كلها في [تسليم]^(١) جريان الرهن في صورته مع الرجلين ، وإنما النزاع في السابق بالقبض .

٣٧٥٥- ولو كان الرهن في أيديهما ، فأقر لأحدهما ، [فإن]^(٢) قلنا : نرجح الإقرار على اليد ، حكم به للمقر له . وإن قلنا : نرجح اليد على الإقرار ، فالرهن بينهما . ثم من قضينا له بالإقرار ، تمَّ أمره في استحقاق الرهن ، وإن كنا نرجح [اليد]^(٣) ، ش ٢٠٥ فلا نقضي باليد المجردة ، فيبقى / النزاع معها ، غير أن القول قول صاحب اليد مع يمينه ، وهذا لا شك فيه ، وهو الشاهد بأن الإقرار أولى من اليد .

واختار المزنّي أضعف القولين فقال : إذا أقر المالك بالرهن والقبض [للمن]^(٤) لا يد له ، فالقول قول صاحب اليد . وهذا تقديم منه لليد على الإقرار ، وليس له

(١) في الأصل : تسلم .

(٢) في الأصل : إن .

(٣) في النسختين : الرهن . والمثبت تقدير منا رعاية للسياق . لعله الصواب .

(٤) في الأصل : ولا يد له .

أصل ولا نعرف الخلاف أن الإنسان إذا كان في يده ملكٌ لغيره ، فادعى أنه رهته منه المالك ، وأنكر صاحب الملك أصلَ الرهن ، فالقول قول المالك في نفيه ، ولا حكم ليد مدعى الرهن . وإنما القولان فيه إذا جرى الرهن ، وآل النزاع إلى القبض . وإذا كان الرهن لا يلزم بنفسه ، فأى أثر له والقبض متنازع فيه .

ثم فرع المزني ، فقال : إذا صادفنا الرهن في يد أحدهما ، فقال : لقد قبضت ، وقبض صاحبي أيضاً ، ولكن كان قبضي أسبق من قبضه ، فيقال له : لو كان قبضك أسبق من قبضه ، كانت اليد لصاحبك الآن ، فإنك أقررت له بصورة القبض أيضاً ، وادعيت أنك السابق ، وهذا يقتضي أن تكون اليد لصاحبك ، وقد تلقاها منك غصباً ، أو استعارةً ، فموجب ما قلت يتضمن إقراراً لصاحبك باليد ، فسلم إليه الرهن ، ثم أثبت سبقك .

قال القفال : فيما قاله نظر ، وتفصيل ، فنقول : إن صرح بأنه لم يقبض إلا مرة واحدة ، وكذلك صاحبه ، لم تتجدد يده . ثم قال : وأنا سابق ، ولم تزل يدي ، فلم يتكرر ، فهذه مناقضة . والجواب ما قال المزني .

فأما إذا قال : كنت السابق بالقبض ، فأخذ مني صاحبي غصباً ، فانتزعت من يده ، ففي هذه الصورة يبقى في يده .

وما ذكره المزني محتمل في الصورة التي ذكرها القفال آخرأ ، فإنه على الجملة اعترف له بيده قبل هذه اليد التي نشاهدها . وادعى : أنه كان مغتصباً فيها ، فعليه إقامة البينة فيما يدعيه من الغصب ، والأمر محتمل كما ترى .

بَابُ الرَّهْنِ يَجْمَعُ شَيْئَيْنِ

قال الشافعي رحمه الله عليه : « إذا رهن أرضاً . . . إلى آخره »^(١) .

٣٧٥٦- الفصل يشتمل على شيئين : أحدهما - أن من رهن أرضاً فيها أشجار ، ولم يتعرض للأشجار ، ولا لاسم يشتمل على الأشجار ، كالبستان ونحوه ، بل ذكر الأرض مطلقاً ، فهل تدخل الأشجار تحت تسمية الأرض ؟ فيه اختلاف نصوص ، وكذلك في البيع مثل ذلك . وللاصحاب طرق سبقت مفصلة ، فلا نعيده . هذا أحد المقصودين .

والثاني - أن يبيع شجرة في مغرسها ، أو يرهنها من غير تعرض لذكر المغرس ، فحاصل المذهب أقوالٌ ، وربما كان يقول : أوجه ، فإن النصوص في المقصود الأول وهو بيع الأرض من غير ذكر الشجر . وهذا من بيع الشجر من غير ذكر المغرس .

فمن أصحابنا من قال : لا يدخل المغرس لا في البيع ، ولا في الرهن ؛ فإن الشجر بالإضافة إلى الأرض فرعٌ ، ويبعد استتباع الفرع الأصل .

والثاني - أن المغرس يدخل في الرهن والبيع جميعاً ؛ فإن مطلق العقد على الشجرة القائمة التي لا يعتاد قلعها يُشعر بحق تقريرها ، وذلك^(٢) يثبت الاستحقاق في المغرس .

والثالث - أن البيع يتضمن استتباع المغرس بخلاف الرهن . والفرق ما قدمناه مراراً من ضعف الرهن وقوة البيع ، وعليه خرّجنا الخلاف في أن مطلق تسمية الشجرة هل يستتبع الثمار التي لم تؤبر في الرهن استتباعها إياه في البيع ؟ هذا قولنا في المغارس .

(١) ر . المختصر : ٢١٧/٢ .

(٢) في (ت ٢) : لا يثبت .

فأما إذا كان بين النخيل قطع أراضٍ لا غراس فيها ، نُظِرَ : فإن كانت بحيث تفرد بالانتفاع بها دون النخيل ، فلا شك أنها/ لا تدخل تحت مطلق تسمية النخيل . ٢٠٦ ي
وإن كانت تيك القطع لا يتأتى إفرادها بالانتفاع بها إلا على طريق التبعية للأشجار فقد ذكر شيخنا وصاحب التقریب وجهين فيها : أحدهما - أنها بمثابة المغارس حتى تخرج فيها الأوجه التي ذكرناها في طرق الأصحاب^(١) . ومن أصحابنا من قطع بأنها لا تدخل تحت البيع والرهن جميعاً ، وجهاً واحداً ؛ فإنها ليست مغارس . وإن كانت لا تستقل بأنفسها . وهذا هو الأصح فيها ؛ فإن استتباع المغارس على حالٍ ضعيفٌ ، لما ذكرناه من لزوم استتباع الفرع الأصل .

٣٧٥٧- وما ذكره^(٢) في الأشجار ومغارسها يجري في بيع الأبنية من غير تعرض لأساسها . فالمسألة وقد سميت الجدران والبنیان في استتباع الأساس تُخَرَّجَ على الأوجه الثلاثة . فإن قضينا بأن الشجرة تستتبع مغرسها ، والجدار يستتبع أسسه ، فهذا استتباع ملك ، وهو كاستتباع الأرض الغراس والبناء في الأقوال المقدمة .
ولو رتب مرتب استتباع الشجر والجدار المغرس والأساس على استتباع الأرض الغراس والبناء ، كان متجهاً ؛ فإن قلنا : لا تستتبع الأرض الغراس ، فلأن لا يستتبع الغراس المغرس أولى . وإن قلنا : تستتبع الأرض الغراس ، فهل يستتبع الغراس المغرس ، والجدار الأس ؟ فعلى وجهين . والفرق لائح .

وإن قلنا : الشجرة لا تستتبع مغرسها ملكاً ، فليس لبائعها قلعها مجاناً . نعم ؛ اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : حق عليه أن يبقها ما أراد المشتري بقاءها ، فإنه باعها ، وهي ذات حق في الثبوت في المغرس ، فليثبت للمشتري على وجه ثبوته للبائع اعتباراً بسائر الحقوق . والوجه الثاني - أن البائع لو أراد قلع الشجرة ، لم يمنع من قلعها ، ولكن يغرم ما ينقصه القلع ، كما يغرم المعير في مثل هذه الصورة ؛ فإن من أعار أرضاً لتغرس فغرس ، فللمعير قلع الغراس على شرط الضمان فيما ينقصه القلع . وسيأتي تفصيل ذلك في كتاب العواري ، إن شاء الله عز وجل .

(١) في (ت ٢) : في الاستتباع .

(٢) في (ت ٢) : ذكرناه .

فصل في

قال : « ولو رهن ثمرأ قد خرج من نخله . . . إلى آخره »^(١)

٣٧٥٨- يمتزج بمقصود هذا الفصل رهن ما يتسارع إليه الفساد ، وقد فصلنا المذهب فيه ، وفرقنا بين رهنه بالدين الحال ، وبين رهنه بالمؤجل ، وذكرنا ما يليق به من التفصيل . فإذا اعترض كلام في أثناء الفصل يتعلق برهن ما يفسد ، أحلنا البيان على ما تقدم .

ومقصود الفصل التفصيل في رهن الثمار على رؤوس الأشجار .

والقول فيها ينقسم : فتكلم في رهنها وحدها دون الأشجار ، [ثم نتكلم في رهنها مع الأشجار .

فأما رهنها دون الأشجار]^(٢) فنقول : لا يخلو إما أن تكون مُزهيّة قد بدا الصّلاح فيها ، وإما أن تكون غير مُزهيّة ، فإن كانت مُزهيّة ، فهي ناجية من العاهة ، وكلامنا وراء ذلك في الدين الحال والمؤجل : فإن كان الدين حالاً ، صح رهنها على كل حال ؛ فإنها وإن كانت لا تدّخر ، فرهنها بالحال مسوّغ .

وإن رُهنّت بالمؤجل لم يخلُ صنف الثمر : فإن كان يُجدُّ ويجفف ، فالرهن جائز ، وليست الثمرة مما تُعدّ جارية إلى الفساد . وإن كان صنف الثمر بحيث لا يدّخر ، يُنظر : فإن كان يفسد قبل حلول الأجل ، فالرهن جائز ، ولا غموض في الفصل .
ش ٢٠٦ وكل ذلك إذا كانت الثمرة / مُزهيّة .

٣٧٥٩- فأما إذا كانت غير مُزهيّة ، فما بدا الصّلاح فيها ، فلا شك أن بيعها مطلقاً وبشرط التّبقيّة باطل عندنا .

والمعنى الذي ذكرناه حداً للمذهب تعرّض الثمار للعاهة قبل بدو الصّلاح .

(١) ر . المختصر : ٢١٧/٢ . وفي الأصل : شجراً . والمثبت من نص المختصر ، ومثله (٢) .

(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

فأما رهنها مطلقاً ، فكيف السبيل فيه ؟ نرسم صوراً ونرتب بعضها على بعض .
فنبداً برهن الثمار قبل بدو الصّلاح فيها ، ونفرض رهنها بالدين الحال . فنقول : إذا
رهنّت بالدين الحال مطلقاً من غير شرط القطع ، ففي صحة الرهن قولان ، ذكرهما
صاحبُ التّريب وغيره : أحدهما - أن الرهن يفسد كما يفسد البيع على هذا الوجه ،
والرهن يتبع البيع في الصحة والفساد . والثاني - أنه لا يفسد لمعنيين : أحدهما - أن
الحلول في الرهن قرينةٌ حالة محل شرط القطع ؛ فإنّ مبنى الرهن بالدين الحال أن
الرهن إذا كان بحيث يتسارع الفساد إليه ، فإنه يباع على فوره ، ويصرف ثمنه إلى
الدين ، أو يوضع رهناً . فإذا كنا نصحح رهن ما يتسارع إليه الفساد بالدين الحال حملاً
على ما ذكرناه ، فلهن الثمار بالدين الحال قبل بدو الصّلاح أولى ؛ فإن ما يتوقعه من
تعرّضها للصّواعق وغيرها من الآفات أبعد من توقع الفساد ، فهذا أحد المعنيين .
والثاني - أنا لا نشترط في الرهن من الاحتياط ما نشترطه في البيع ؛ والسبب فيه أن حق
المرتهن الأصلي دينه ، ودينه لا يسقط بفوات الرهن ؛ ومقصود البيع يضيع بتلف
المعقود عليه . وهذا المعنى فيه ضعف ، وإن ذكره الأئمة . والمعنى الأول كافٍ .

هذا إذا كان الرهن بدين حال .

٣٧٦- فأما إذا كان بدين مؤجل نُظر : فإن كان الصّلاح لا يبدو قبل حلول
الأجل ، بل الأجل يحل أولاً ، فلو رهن الراهن هذه الثمار على شرط أن [لا] ^(١) تباع
بشرط القطع ، ففي صحة الرهن قولان مشهوران : أحدهما - لا يصح ، كما لا يصح
البيع في نظير هذا . ومن اشترى ثماراً لم يبد الصّلاح فيها على شرط أن يقطعها بعد
يوم ، فالبيع يفسد لتضمنه شرط التّبقية ، ولو في زمن قريب ، فليكن الرهن كذلك .
والثاني - أن الرهن يصح ، ولم يوجه الأصحاب هذا القول إلا بالمعنى الثاني
الضعيف ، الذي ذكرناه في صورة الرهن بالدين الحال . فقالوا : البيع لو بني على
الغرر ، خيف سقوط العوض والمعوض بتقدير التلف ، والرهن لو ضاع ، لم يضع
الدين به .

وهذا لست أوثره ، بل أقول : ليست الثمار قبل بدو الصلاح مما يعد فاسداً من ساعته . ولو رُدنا إلى المعنى لما أفسدنا بيعها بشرط التبقية ، والمعتمد في إفساد البيع الخبر ، والخبر وارد في البيع ، فهذا أولى في توجيه هذا القول مما قدمناه ، مع مصيرنا إلى فساد الرهن فيما يتسارع إلى الفساد ، على تفصيل مضى .

ثم رتب أئمتنا القولين في رهن الثمار قبل بدو الصلاح في الصورة التي نصصنا عليها والدين مؤجل على القولين والدين حال . ولا شك أن الرهن بالفساد أولى إذا كان الدين مؤجلاً .

ولو رهن الثمار قبل بدو الصلاح بدين مؤجل ، وكان الصلاح لا يبدو إلا بعد ٢٠٧ ي الأجل ، ولم يجر تعرض للقطع/ عند المحل ، ففي الرهن قولان مرتبان على القولين فيه إذا تعرض الراهن لذكر القطع عند المحل ، إما بأن يشترط قطعه أو يشترط بيعه بشرط القطع ، والصورة المبهمة الأخيرة أولى بالفساد ، والفرق لائح . وقد قطع شيخنا بصحة رهن ما لم يبد الصلاح فيه بالدين الحال ، ولا وجه عندي إلا ما ذكر ؛ فإنه إذا جاز رهن ما يفسد من ساعته بالدين الحال ، فما المانع من تصحيح الرهن فيما لم يبد الصلاح فيه ؟ والذي ينقدح لمن يخرج القولين تعارض أصليين : أحدهما - أن ما يفسد يباع ويوضع رهناً . والأصل الثاني - أن العادة مطردة بتبقية الثمار .

وقطع صاحب التقريب قوله بإبطال الرهن بالدين المؤجل إذا لم يقع تعرض لذكر القطع عند المحل .

هذا بيان الطرق .

٣٧٦١- وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الصلاح لا يبدو إلا بعد الأجل .

٣٧٦٢- فأما إذا كانت الثمار حيث يبدو صلاحها قبل الحلول ، فقد قال الشيخ أبو علي بدو الصلاح عند المحل كشرط القطع عند المحل إذا كان الصلاح لا يبدو ، فتتزل هذه المسألة في ترتيب المذهب منزلة ذكر القطع عند المحل ؛ فإن سقوط شرط القطع بالصلاح عند المحل كذكر شرط القطع قبل الصلاح .

هذا كله في رهن الثمار على الأشجار دون الأشجار .

٣٧٦٣- فأما إذا رهن الثمار مع الأشجار ، فالقول الوجيز فيها أن ما يتعلق بشرط القطع ، فهو ساقط في هذه الصورة ، اعتباراً بالبيع في مثلها . وإن كانت الثمار بحيث تفسد في حبسها قبل حلول الأجل ، فيتصل بهذا برهن ما يتسارع إليه الفساد [بدين مؤجل ، وتفصيله بين ، فحيث يقتضي المذهب تصحيح الرهن في الثمار ، لم نشك في تصحيحه في الأشجار ، وحيث يقتضي المذهب فساد الرهن في الثمار ، ففي فساد الرهن في الأشجار قولاً تفريق الصفة .

هذا عقد المذهب .

والحق بعض أئمتنا رهن الثمار قبل بدو الصلاح برهن ما يتسارع إليه الفساد^(١) وإن كان توقع الفساد لا يأتيها إلا من الجوائح ، فعلى هذا إن قطعنا ببيع الأشجار وعليها الثمار ، ففي رهن الأشجار وعليها الثمار كلام ، ففي الثمار تفصيلها وفي الأشجار تفريق الصفة . والسبب فيه أن الأشجار أصل في حق المشتري ، وليست أصلاً في حق المرتهن ؛ فإنها تباع في حقه ببيع الثمار .

فصل في

قال : « وإن كان من الثمر شيء يخرج ، فرهنه . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٧٦٤- المقصود ذكر الثمار المتلاحقة ، وقد مضى التفصيل في تلاحقها قبل القبض في البيع ، وذكرنا القولين في أن المبيع إذا اختلط بغير المبيع قبل القبض على وجه يتعذر التمييز ، فهل يفسخ البيع أم لا ؟ فلو فرض هذا الاختلاط في الرهن بعد القبض ، فالتفصيل في الرهن المقبوض كالتفصيل في البيع قبل القبض ؛ وذلك أن المرتهن إنما يتوثق إذا قبض ، فهو والرهن في يده كالبائع والمبيع محبوس عنده . وقد ذكرنا أن الاختلاط في البيع بعد القبض لا يؤثر في فسخ العقد وانفساخه على المذهب

(١) ما بين المعقنين ساقط من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ٢ / ٢١٧ .

الأصح ؛ فإن العلائق في هذه الصور تنقطع في البيع بانتقال الضمان إلى المشتري وهذا في الرهن لا يتحقق .

ثم إذا قلنا : يفسخ الرهن بالاختلاط بعد القبض ، فلا كلام . وإن قلنا لا يفسخ ، فلو فرض الاختلاط [قبل]^(١) القبض في الرهن ، فالمذهب الانفساخ لا وجه غيره .

وأبدئ بعض الأصحاب^(٢) وجهاً أنه لا يفسخ ، كما لو كان الرهن عصيراً ، [فاستحال]^(٣) خمرأ . وقد ذكرنا في ذلك وأمثاله خلافاً . وهذا ليس بشيء ؛ فإن الخمر يتوقع انقلابها خلاً ، والمختلط لا يتوقع تميزه .

هذا منتهى القول في ذلك .

ش ٢٠٧ ٣٧٦٥- ثم ذكر الشيخ أبو علي بعد الفراغ/ من الثمار رهن الزرع وهو بقل . ونحن نقول فيه : إن كان البقل متزايداً ، وكان يُخْلَفُ على الركب^(٤) إذا جُزَّ ، فرهنة كرهن ما يختلط ، وقد ذكرناه وإن فرض رهنه بموَجَل من غير شرط القطع ، [فالرهن باطل قطعاً ؛ فإن المرهون يختلط بغير المرهون لا محالة ، وإن شرط]^(٥) القطع ، فالرهن صحيح . ثم يقع بعد القبض في تفصيل ما يفسد ، فإن البقل بعد الجزّ يفسد على القرب ، وقد تفصل المذهب .

وإن رهن بدين حالً ، ففي صحة الرهن قولان كما ذكرناه في الثمرة قبل الصلاح . هذا والركب يخلّف بعد الجزّ ، فأما إذا جرى العقد على زرع هو بقل ، والركب لا يُخْلَفُ ، فقد اختلف أصحابنا فيما يزداد إلى الإدراك ، فمنهم من جعله كما لا يزداد من البقل المخلف . وهذا اختيار الشيخ أبي علي ، ومن أصحابنا من قال : لا حكم لهذه الزيادة ، كما لا حكم لكبر الثمرة . وهذا فقيه عندي .

(١) في الأصل : في .

(٢) عبارة الأصل : الأصحاب فذكر وجهاً .

(٣) في الأصل : واستحال .

(٤) كذا في النسختين . ولم أجدّها في المعاجم العربية ، وستكرر في هذه المسائل ، ومن السياق يظهر أن معناها أصول جذور البقل بعد الجز .

(٥) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

وحقيقة المذهب فيه تتعلق بأن من ابتاع زرعاً لا يُخْلَفُ ركيبه ، فهل يملك أصل الزرع المكتسب بالأرض ؟ وفيه تردد . فإن قلنا : إنه يملك ، فما يزداد يزداد على ملكه ، وهو حقاً ككبر الثمرة ، وإن قلنا : لا يملك مشتري الزرع الركيب المستتر ، فيظهر إذن إلحاق الزيادة بما يزداد من البقل الذي يُجَزَّ فيُخْلَفُ .

عدنا إلى الكلام في الرهن . وقلنا : الزيادات التي تكون كالقول ليست محتملة ، فإن ألحقنا زيادة الزرع بها ، فالتفصيل كما مضى من اختلاط المرهون بغير المرهون . وإن لم نبال بهذه الزيادة ، بقي النظر في تعرض الزرع وهو بقل للآفات ، والكلام في شرط القطع . وقد مضى ذلك على ما ينبغي .

٣٧٦- ثم قال الشافعي : « وإذا رهنه ثمرة^(١) ، فعلى الراهن سقيها . . . إلى آخره » .

هكذا تعرض منه للكلام في المؤن ، وقد استقناه فيما تقدم ، وأشرنا إلى اختلاف الطرق في ذلك ؛ فلا نعيده .

* * *

(١) في النسختين : (أرضاً) والمثبت من المختصر : ٢١٨/٢ .

باب ما يفسد الرهن من الشرط

قال الشافعي : « إذا اشترط المرتهن من منافع الرهن شيئاً . . . إلى آخره »^(١).

٣٧٦٧- الشروط في الرهن تنقسم : فمنها ما يوافق موضوع العقد ويتضمن تصريحاً بما يقتضيه مطلق العقد ، فما كان كذلك لم يكن شرطاً على الحقيقة ، وإنما هو تكرير معنى العقد ، وهو بمثابة قول الراهن رهنك هذا على أن تتوثق به ، أو على أن يباع في دينك عند الحاجة إلى البيع ، أو تقدّم^(٢) به عند ازدحام الغرماء ، فلا أثر لذكر أمثال هذا . والذي يذكر فيه أن من سماه شرطاً مجازف متجاوز ؛ فإن الشرط هو الذي يزيد على مقتضى العقد .

وأما الشرط الذي لا يتضمنه إطلاق العقد ، فإنه ينقسم قسمين : أحدهما - ما يقدح في مقصود الرهن ، فلا شك أن الشرط يفسد ، ويفسد الرهن بفساده ، قولاً واحداً . وهو مثل أن يقول الراهن : رهنك هذا على أن لا تقدّم به في مزدحم الديون ، أو على أن لا يباع في حقك ، فهذا الشرط في الرهن بمثابة قول البائع : بعثك هذا على أن لا تملكه . هذا قسم .

والثاني - ما لا يتعرض لإبطال حق المرتهن من مقصود الرهن ولكنه فاسد في نفسه ، وقد يتضمن اشتراط مزيد للمرتهن . وتصوير ذلك أن يقول الراهن رهنك هذا ي ٢٠٨ على أن منافعه لك ، أو رهنك البستان ، أو هذا القطيع ، على أن الثمار والنتاج ملكك . أما الشرط ، فلا شك في فساده ، وفي فساد الرهن به قولان : أحدهما - أنه يفسد ؛ فإنه اشتمل على شرط فاسد يتعلق بأغراض الناس ، وأصحاب الرهنون في

(١) ر . المختصر : ٢١٨/٢ .

(٢) تقدم : بحذف تاء المضارعة .

العرف الغالب يطلبون الرهون لمنافعها ، فالشرط إذاً على فساد متعلق بما هو معدود من مقصود العقد .

والقول الثاني - أن الرهن لا يفسد ؛ فإن المقصود فيه للمرتهن ، وحقه لم يتغير بالشرط ، ولم يقع لمقصوده تغرض ، أما شرط تملكه الزوائد ، ففساد مطّرح ، وليست الزيادات المشروطة على الفساد في البيع بهذه المثابة ؛ فإنها إن تضمنت مزيداً في شق من غير تنقيص مقصود العقد في ذلك الشق ، فإنها تتضمن تنقيصاً في الشق الآخر ، والبيع معاوضة تتعلق مقصودها بالطرفين ، ومقصود الرهن لا يتعلق إلا بجانب المرتهن .

هذا بيان القول في ذلك .

ولو قال : رهنك هذه الشاة على أن يكون نتاجها رهناً عندك إذا وجدت^(١) ، فقد اختلف القول في الشرط هل يصح ؟ حتى يُقضى بأن الرهن يتعدى إلى النتاج بالشرط ، فأحد القولين - أن الرهن لا يتعدى ، وهو الأصح ؛ فإن العقد لا يقتضي التعدي إلى النتاج ، والشرط تعلق بنتاج مفقود .

والقول الثاني - أن الرهن يتعدى إلى النتاج مع الشرط ؛ فإن الذي حملنا على قصر الرهن على المنحل المذكور ضعف الرهن ، وحكم اللفظ ؛ فإنه خص على ضعفه بمحل ، فاختص به ، فإذا أثبت سارياً إلى النتاج ، ثبت كما أثبت .

وكان شيخه يقول : إذا فرعنا على أن الرهن يتعدى بالشرط إلى النتاج ، ففي تعديه بالشرط إلى الأكساب تردد ، والأظهر أنه لا يتعدى إليها ؛ فإنها ليست من أجزاء الأصل ، وإنما يثبت الملك فيها ابتداءً لمالك العبد ، بسبب أن مكتسبها مملوكه . وكان يلحق العقر^(٢) بالأكساب ، ولا يؤثر فيه مذهب أصحاب أبي حنيفة .

هذا تفصيل المذهب في فساد الرهن والشرط ، وصحتهما وصحة الرهن وفساد الشرط .

(١) كذا : « وُجدت » بتأنيث الفعل ، على قصد (النتيجة) يقال : نتج الرجل البهيمة نتجاً من باب (ضرب) ، فهو ناتج ، والبهيمة منتوجة ، والولد نتيجة .

(٢) عبارة (ت ٢) : « وكان يلحق العقد بالأكساب فهو يؤثر فيه مذهب أصحاب أبي حنيفة » .

٣٧٦٨- والآن نذكر أحكام الرهن المشروط في البيع على النعوت التي ذكرناها ، فإن فسد الرهن بشرط يؤثر في مقصود الرهن وقد شرط هذا الرهن في بيع ، فهل يفسد البيع بفساد ذلك الرهن المشروط ؟ فعلى قولين مشهورين تقدم ذكرهما ، وتوجيههما . ولو جرى ذكر تمليك المرتهن زوائد الرهن ، وهذا الرهن على هذا النعت مشروط في البيع ، فالبيع يفسد قولاً واحداً ، سواء رأينا فساد الرهن أو لم نره ؛ لأن شرط زيادة ملك على الفساد للبائع مقروناً بالثمن يُصير الثمن مجهولاً ، ثم يفسد البيع لا محالة به ، وليس كما لو شرط رهن خمير أو مغصوب ، أو شرط في الرهن ما ينقص حق المرتهن ؛ فإن شيئاً من ذلك لا ينضم إلى الثمن ، فلا يصير الثمن مجهولاً . والرهن عقد على حياله ، فيتجه في قول أن لا يفسد البيع .

وإن قلنا : مثل هذه الزيادة لا يفسد بها الرهن ، فيفسد البيع لما ذكرناه من انضمامها إلى الثمن ، ويخرج منه أن البيع إذا فسد يفسد الرهن أيضاً ، لسقوط الدين الذي يُطلب توثيقه . وانتظم منه أن القولين في أن الرهن هل يفسد أم لا ؟ لا يجريان [إلا]^(١) في رهن غير مشروط في بيع ، إما بأن يفرض رهن مبتدأ في قيمة متلف ، أو يُقدّر رهن في قرض ، أو ثمن مبيع بعد لزومهما^(٢) .

فصل في

ش ٢٠٨

قال : « ولو كان له ألف ، فقال زدني ألفاً . . . إلى آخره »^(٣) .

٣٧٦٩- إذا استحق ألفاً على إنسان ، فقال من عليه الدين : زدني ألفاً ، تقرضنيه ، على أن أرهئك بالألف القديم ، والألف الجديد رهناً . فإذا جرى القرض مشروطاً بهذا الشرط ، كان القرض فاسداً ؛ والسبب فيه أن القرض الجديد مشروط بالرهن في

(١) زيادة من : (٢) .

(٢) أي القرض والبيع ، ولم يجر القولان إلا بعد اللزوم ؛ حتى لا تشتط الزيادة للمقرض ، فيكون القرض جرّ نفعاً مشروطاً ، وكذا في البيع ؛ فإنه إذا لزم ، ثم فرض الرهن واشترط الزيادة ، فلا يكون الثمن مجهولاً حينئذ ؛ فقد لزم البيع ، ولا علاقة للزيادة بالثمن .

(٣) ر . المختصر : (٢١٨ / ٢) .

الدين القديم ، وهذا قرض جر منفعة ، وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم .
وليس ذلك بمثابة ما لو شرط في نفس^(١) الإقراض رهنًا بذلك القرض بعينه ؛ فإن الرهن
في عين القرض لا يعد منفعة ، وقد ذكرنا ذلك في باب القرض مفصلاً ، وإنما ظهر جر
المنفعة في هذه الصورة من قبل شرط الرهن في غير القرض الجديد .

ومن دقيق الكلام في هذا الفن أن المقرض لو قال : أقرضتك ألفاً ، على أن
ترهنني به وبالألف القديم . فهذا على التحقيق شرطٌ فاسد ، مفسد لهذا القرض .
ولو قال المستقرض : أقرضني ألفاً على أن أرهنك بالألف القديم ، فجري الشرط من
المستقرض لا من المقرض ، فهذا فيه تردد . والظاهر أن الشرط فاسد مفسد ، كما لو
صدر من المقرض .

وقال بعض الأصحاب : الشرط المفسد هو ما يصدر من المقرض ؛ فإن اللفظ
يُرعى في جانبه ، والشرط لفظ يتعلق بالشق الذي يعتبر فيه اللفظ . فهذا يبتني على
ما تقدم ذكره ، من أنا هل نعتبر لفظ القبول في جانب المستقرض ؟ فإن اعتبرنا في
جانبه لفظاً كما تمهد في باب القرض ، فالشرط الصادر منه كالشرط الصادر من
المقرض .

وإن قلنا : لا يعتبر في جانب المستقرض لفظ ، فالمسألة فيها احتمال ، كما
تقدم ، من قبل أن المستقرض إذا تلفظ ، ابتنى على لفظه لفظ المقرض ، ونزل شرط
المستقرض منزلة شرط المقرض .

فإذا تبين فساد القرض في الصورة التي ذكرناها ، فإذا سلم^(٢) المقرض ألفاً على
الفساد إلى المستقرض ، ثم رهن المستقرض شيئاً بالألف القديم والألف الجديد ،
فنقول : إن كان الألف الجديد موجوداً بعد ؛ فالرهن به فاسد ؛ فإنها^(٣) أعيان مقررة
على ملك المقرض ، والرهن بالأعيان فاسد ، فإذا جمع بين الألف القديم والجديد في
الرهن ، وأبطلنا الرهن في الألف الموجود ، فهل يبطل في القديم ؟ فعلى قولي تفريق

(١) في (ت ٢) : تعيين .

(٢) في (ت ٢) : أسلم .

(٣) أي الألف .

الصفقة . وكل صورة جرى فيها تفريق الصفقة في الرهن ، فهي مرتبة على نظير منها في البيع ، والرهن أولى بالصحة ؛ إذ ليس فيه عوض يصير مجهولاً ، ويفسد العقد بسبب جهالته ، والمعنى المعتمد في إفساد الصفقة إذا افرقت جهالة العوض ، وهذا مفقود في أصل الرهن .

ثم إذا أفسدنا الرهن في الألف القديم ، فلا كلام . وإن صححنا الرهن فيه ، فقد قال الأئمة : الرهن يتوثق بالألف القديم ، ولا يوزع الرهن على الألفين المذكورين ، وقد تقدم في تفريق الصفقة في البيع أن الأصح إذا بطل البيع في بعض مضمون العقد أن يسقط قسطه من الثمن ، وهذا المعنى غير معتبر في الرهن ، والدليل عليه أن الرهن لو صح بالألفين ، ثم أدى أحدهما ، فلا ينفك من الرهن شيء أصلاً ، وكان الرهن على حقيقته في الألف الباقي ، حتى كأنه لم يرهن ذلك الرهن إلا به .

وإذا كان كذلك ، فلا معنى للتقسيط في موضوع الرهن . وهذا بين لا خفاء به لمن تأمل .

ولو أقرضه ألفاً على الفساد ، فتلف الألف في يده ، فقد صار ديناً الآن عليه ، فيصح الرهن بالألفين جميعاً ، ولا إشكال .

ي ٢٠٩ ٣٧٧٠- ومما يتعلق بتحقيق الفصل أنه لو شرط الرهن في الألف القديم / مع القرض (١) الجديد كما صورناه (١) ، وحكمنا بفساد الشرط ، وأفسدنا بسبب فساده القرض ، فلو رهن بالألف القديم ، فقد قال القاضي : إن كان يعتقد أن الرهن به واجب ، وأنه وافٍ بواجب [التزمه بالشرط] (٢) ، فالرهن مع هذا الاعتقاد لا يصح . واحتج عليه بأنه اعتقده واجباً ، ولم يكن كما اعتقده . ولو لزم الرهن ، لوقع واجباً ، على معنى أنه لا دفع له بعد انبرامه بالتسليم . وشبه هذا بما لو أدى ألفاً إلى إنسان على ظن أنه دين عليه ، ثم تبين أنه لم يكن عليه دين ، فالمؤدئ مسترد ، والأداء غير معتد به (٣) .

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٢) في (ت ٢) : الذمة الشرط ، وفي الأصل : التزمه الشرط .

(٣) ر . فتح العزيز : ٥٣ / ١٠ .

وهذا الذي ذكره غير صحيح .

وقد صرح شيخه وغيره بتصحيح الرهن ، إذا كان عربياً عند الإنشاء عن شرط يفسده .

٣٧٧١- ولو شرط بيعاً في بيع ، وأفسدنا البيع الناجز لمكان الشرط الفاسد ، ثم أنشأ المشروط عليه ذلك البيع المشروط الموعود ، على ظن أنه يجب عليه الوفاء بذلك البيع ، فقياس ما قاله القاضي أن البيع على اعتقاد الوجوب فاسد مردود .

وكان شيخه يقطع بصحة البيع كيف فرض الاعتقاد ، إذا كان خلياً عند الجريان عما يفسده . وهذا هو الذي لا يسوغ غيره .

وقد يخرج عليه أنه لو باع شيئاً ظنه خمرأ فإذا هو خل ، فقياسه في ذلك قد يغمض . وقياس شيخه الصحة .

٣٧٧٢- ولو أسلفه ألفاً على أن يرهن عنده به رهناً ، وشرط المرتهن لنفسه منافع الرهن ، فهذا جر منفعة على الحقيقة ، والقرض يفسد بسببه . وإذا فسد القرض ، فسد الرهن ، لا محالة .

ولو شرط البائع رهناً بالثمن ، وشرط أن تكون منافع الرهن له ، فالرهن يفسد لمزيد المنفعة التي شرطها ، والثمن يصير مجهولاً به لا محالة .

وقد حكى المزني هذه المسألة وحكى فيها أن البائع بالخيار ، ثم أخذ يعترض ويقول : أصل الشافعي أن البيع إذا فسد ، فلا معنى للخيار فيه ^(١) ، وظن أن الشافعي يرى أن الشرط الفاسد لو حذف يصح العقد ، وهذا ظن سوء ^(٢) . والجواب المبتوت أن العقد فاسد ، ولا معنى للخيار فيه بعد الحكم بالفساد على وجه أصلاً . ولكن المزني غلط في النقل ^(٣) ثم أخذ يعترض ، وإنما الخلل في النقل ^(٣) .

(١) ر . المختصر : ٢١٨/٢ .

(٢) ر . فتح العزيز : ٤٥/١٠ . لتجد أنه يقول : « والأصحاب خطؤوا المزني في نقله وحسابه » ونص عبارة المزني في المختصر : « قلت أنا : أصل قول الشافعي أن كل بيع فاسد بشرط وغيره أنه لا يجوز وإن أجز حتى يتبدأ بما يجوز » (٢١٨/٢) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (٢) .

ثم أدخل المزماني بنظم الكلام من وجه آخر ، فصوّر رهنًا مشروطاً في بيع ، وقد شرط في الرهن أن يتعدى إلى الزوائد ، وفرّع على أن ذلك فاسد ، ثم قال : إذا وقع البيع على هذا الوجه ، فسخ الرهن ، والبائع بالخيار . قال أصحابنا : إنما قال الشافعي في هذه المسألة : فُسخ البيع ، أو البائع بالخيار ، فردد قوله في فساد البيع ، ووقع الفسخ عبارة عن الفساد ؛ فذكر المزماني فيما نقله : فُسخ الرهن والبائع بالخيار ، وهذا كلام لا نظم له . وإنما أدخل به المزماني . ثم اختار المزماني مهما^(١) فسد الرهن المشروط في البيع أن البيع لا يفسد . وهذا غريب من اختياره ؛ فإن القياس فساد البيع إذا فسد الرهن المشروط .

وهذا منتهى الغرض في ذلك .

فصل في

قال : « ولو دفع إليه حَقًّا ، وقال : رهنك بما فيه . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٧٧٣- مضمون الفصل يتضح بأربع مسائل : إحداها - أن الراهن لو قال : رهنك ما في هذا الحق ، أو ما في هذه الخريطة ، فإن كانا عالمين بما فيهما ، وكانا قد رأياه ، فلا شك في صحة الرهن . وإن لم تسبق رؤية فيهما ، وقع الكلام في رهن ش ٢٠٩ مالم/ يُر . فإن جهلا وصف ما فيهما ، مع انتفاء الرؤية ، فقد نرى القطع بفساد الرهن . وذلك مذكور على الاستقصاء في تفريع بيع الغائب ، فلا حاجة إلى إعادته .

٣٧٧٤- المسألة الثانية : أن يقول : رهنك الحق بما فيه ، أو الخريطة بما فيها ، فإن كان ما فيهما معلوماً مرئياً ، صح الرهن في الحق والخريطة .^(٣) وإن كان الرهن لا يصح فيهما - كما تقدم - [فالنظر]^(٣) في الحق والخريطة^(٤) .

(١) مهما « بمعنى (إذا) .

(٢) ر . المختصر : ٢١٨/٢ .

(٣) في الأصل : ففي النظر ، والمثبت تقدير منا . حيث جاءت فيما سقط من (ت ٢) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

فإن كانا نفيسين بحيث يجرد القصد إلى شرائهما [أو]^(١) رهنهما ، فنقول : فسد الرهن [فيما]^(٢) فيهما ، وفيهما [قولاً]^(٣) تفريق الصفقة ، وإن كان الحقُّ بحيث يُقصد ، ولم تكن الخريطة بحيث تقصد . أما الحق . ففيه قولاً تفريق الصفقة . وأما الخريطة ، ففيها طريقتان : من أصحابنا من قطع بفساد الرهن فيها ؛ فإنها بالإضافة إلى ما فيها غير مقصود ؛ فإذا لم يصح الرهن في حشوها بسبب ، لم يصح في الخريطة أيضاً ؛ فإنها ما قصدت ، وإنما قصد ما فيها ، فإذا لم يصح العقد على ما فيها فكأن^(٤) لا مقصود . وهذا فقيه لطيف ، وهو كثير الجريان في المعاملات . ومعناه تنزيل العقد على موجب العرف والاعتیاد ، من غير اتباع صيغة اللفظ .

ومن أصحابنا من قال : إذا كانت الخريطة متمولة ، فالرهن إن لم يصح في حشوها ، فيصح فيها ؛ لأن الرهن أضيف إلى الخريطة وما فيها . كما قدمناه في الحق . وإن لم تكن الخريطة متمولة ، فنقطع بفساد الرهن فيهما لا محالة .

٣٧٧٥- المسألة الثالثة : أن يقول : رهنتك الحقُّ دون ما فيه ، فيصح الرهن فيه دون ما فيه ؛ فإنه خصص عقد الرهن بالحق ، فلم يتعدّه إلى ما فيه . ولا فرق بين أن يكون الحق حقيقياً أو خطيراً إذا كان له أدنى قيمة ، بحيث يتمول . وقد سبق تفصيل التمول في آخر كتاب البيع ؛ فيصح الرهن كما ذكرناه .

٣٧٧٦- ولو أطلق رهنَ الحق والخريطة ، ولم يتعرض لذكر ما فيهما بنفي ولا إثبات ، وهذه هي : المسألة الرابعة : فنقول :

إن كان الظرف بحيث يقصد في نفسه ، فذكر الظرف مطلقاً يقتضي نزولَ الرهن عليه ، دون ما في جوفه . وتعليله بيّن . وإن كان ذلك الظرف حقيراً لا يقصد في نفسه مفرداً أصلاً ، ولكنه مما يتمول ، فإذا جرى ذكرُ الظرف الذي وصفناه ، ولم يجر

(١) في الأصل : ورهنهما .

(٢) ساقطة من الأصل ، والمثبت من (ت ٢) .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) في (ت ٢) : وكان .

تعرض لما فيه نفيًا وإثباتًا ، فلاصحابنا فيه وجهان : أصحهما - أن الرهن ينزل على الظرف لا غير ؛ فإنه قابل للعقد ، واللفظ لا يشعر في وضعه إلا به ، فأشبه ما لو كان خطيراً .

والوجه الثاني - أن العقد نازل على الخريطة بما فيها ؛ فإنها إذا لم تكن مقصودة ، فذكرها في العرف يُعْنَى به الخريطة لما^(١) فيها ، من هذا الوجه ، وهو من باب تنزيل العقد على موجب العرف ، من غير احتفال بصيغة ، والعقد منزل على قرينة الحال ، وموجب التفاهم العرفي .

وكل ما ذكرناه في الرهن ، فلا شك أنه لو صور في البيع ، لكان الجواب على نحو ما ذكرنا ، حرفاً حرفاً . فلا إشكال في الفصل . وإنما المقصود منه تصوير ظرف مالٍ ، ولكنه لا يقصد مع كونه مالاً ، إذا كان في جوفه مقصود . وقد فصلنا الغرض في تفصيل المسائل على ما ينبغي .

* * *

(١) في (ت ٢) : بما .

بَابُ الرَّهْنِ غَيْرِ مَضمُونٍ

٣٧٧٧- ذكر الشافعي قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يغلَقُ الرهنُ من صاحبه ، له غنمه ، وعليه غرمه »^(١) واختلفوا في قوله « لا يغلَقُ الرهن » قيل : معناه لا يملكه المرتهن بدينه ، ولا يتعلق^(٢) الملك على الراهن . وقيل / : معناه لا يغلَقُ على الراهن ٢١٠ ي الانتفاع به . وقيل : معناه لا يسقط الدين بهلاكه .

وقوله : « الرهن من صاحبه » أي من ضمان صاحبه .

مذهب الشافعي أن الرهن أمانة في يد المرتهن ، فإذا تلف في يده أو في يد العدل ، كان أمانة . والدين لا يسقط منه شيء عنده .

وقال أبو حنيفة^(٣) : هو مضمون بالدين على تفصيل له معروف .

ولو شرط الراهن كون الرهن مضموناً على المرتهن ، فالشرط فاسد ؛ لأنه مخالف لمضمون الرهن ، ثم يفسد الرهن بفساد الشرط ، ولكنه مع فساد أمانة في يد المرتهن . وهذا أصل مطرد ، فكل ما يكون أمانة في وضعه لو صح لا ينقلب مضموناً ولا يخرج عن كونه أمانة بأن يفسد .

واستثنى بعض الأغبياء مسألة عن هذه القاعدة ، وهي إذا رهن شيئاً عنده بدين مؤجل ، وشرط أنه إن لم يفك الرهن في شهر ، فهو مبيع عند المرتهن وراء الشهر^(٤) ،

(١) ر . المختصر : ١١٩/٢ . والحديث رواه ابن حبان في صحيحه : ٥٧٠/٧ ، ح ٥٩٠٤ ، والدارقطني : ٣٢/٣ ، والحاكم في المستدرک : ٥١/٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٣٩/٦ وانظر التلخيص (٣/٨٣ ح ١٢٤٣) .

(٢) كذا في النسختين ، ولعلها : ولا يغلَق .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء ٣٠٨/٤ مسألة : ٢٠٢٤ ، رؤوس المسائل : ٣٠٣ مسألة : ١٩١ ، البدائع : ١٤٠/٦ .

(٤) في (ت ٢) : وراء الشرط .

فهذا الشرط فاسد ، ولكن إذا مضى الشهر ، فيصير بعد مضي الشهر مضموناً ، فهذا رهن انقلب مضموناً ، بحكم شرط فاسد .

وهذا يحتاج إلى فضل بيان .

فنقول : إن تلف في يده قبل مضي الشهر ، فلا شك أنه يكون أمانة ؛ فإنه لم يدخل أوان البيع بعد ، وحكم الأمانة ثابت . فإذا دخل وقت البيع المشروط على الفساد ، نظر : فإن كان يمسكه المرتهن على حكم البيع ، فهو مضمون عليه ، وهو خارج عن حقيقة الرهن ، سواء قُدِّر على الصحة أو على الفساد .

وإن علم أن شرط البيع فاسد ، فكان يُمسكه على موجب الرهن ، وقصد ذلك ونواه ، فالمذهب أن الضمان يجب ؛ فإن الرهن فاسداً^(١) قُدِّر أو صحيحاً [ممدوداً]^(٢) إلى شهر ، فلا رهن بعد انقضائه ، ولا يد إلا عن جهة البيع الفاسد . وهذا ظاهر ، لا إشكال فيه .

وأبعد بعض الأصحاب ، فنفي الضمان^(٣) إذا لم يقصد المرتهن إمسাকে وراء الشهر عن جهة البيع ، وقصر الضمان فيه إذا كان يقصد الإمساك على اعتقاد البيع . وهذا رديء لا أصل له ، لما ذكرناه .

ووجه الغلط في الاستثناء أن المرهون وراء الشهر [خارجاً]^(٤) عن كونه مرهوناً بحكم اللفظ ، فما^(٥) استثنى هذا القائل مرهوناً إذن ، فكان ما جاء به لغواً .

وقد نجزت مسائل الكتاب . ونحن نرسم الآن فروعاً تجري مجرى الأصول ، وقد يقع فيها مسائل متبددة غير منتظمة ، والغرض الإتيان بجميعها .

(١) في (ت ٢) : فاسد قدرأ صحيحاً ممدوداً .

(٢) في الأصل ممدوداً . وهو وهم من الناسخ . فهي خبر فإن

(٣) في (ت ٢) : فنفي الضمان ذلك إذا لم يقصد .

(٤) في الأصل : خارجاً .

(٥) « فما » : (ما) هنا (نافية) ، والمعنى : أن الذي استثناء هذا القائل ليس رهنأ ، ولذا وصفه بالغلط حينما قال : إن الرهن غير مضمون إلا في هذه الحالة .

قَبْلُ : ٣٧٧٨- قال العراقيون المودع إذا ادعى رد الوديعة ، على مالکها ، فالقول قوله مع يمينه . ولو استأجر الإنسان شيئاً ، ثم استوفى حقه منه لما قبضه ، فهو أمانة في يده ، ولو ادعى أنه رده على المالك المكري ، وأنكر المالك ، فالقول قول المالك ، فإنه قبض المستأجر لحق نفسه ، لا لغرض المالك ، ولا يُصدق في دعوى الرد ، بخلاف المودع .

قالوا : كذلك إذا ادعى المرتهن ردّ العين المرهونة على الراهن ، وأنكر الراهن ، فالقول قول الراهن ؛ لما ذكره من أن المرتهن ثبت يده لغرضه ، فلا يُقبل منه يمينه برد ما قبضه .

ولو ادعى الوكيل الذي كان قبض من موكله عيناً لبيعها أنه ردها على الموكل ، قالوا : إن كان الوكيل يتصرف من غير جُعِلَ ، فقله مقبول ، كما يُقبل قول المودع ؛ فإنه لا غرض له في قبضه ويده .

وإن كان يتصرف بجُعِلَ ، فادعى ردّ العين ، ففي المسألة وجهان .

وكذلك إذا ادعى المقارض ردّ شيء من مال القراض على المالك ، ففي قبول قوله

وجهان : أحدهما - لا يقبل قوله ؛ لما له في المال الذي كان تحت يده من/ الغرض ، ٢١٠ش فأشبه المستأجر ، والمرتهن .

والوجه الثاني - يقبل قوله ؛ لأنه لا غرض له في العين المقبوضة ، وإنما غرضه في

مالٍ قدر له بسبب العين التي في يده ، وحق المستأجر والمرتهن في عين ما قبضه أولاً ثم ادعى ردّه .

هذا ترتيب أئمة العراق . وهو حسن بالغ .

وأما المرازقة ، فإنهم قطعوا أقوالهم بأن كلّ مؤتمن لو تلفت العين في يده من غير

تقصيره ، لم يلزمه الضمان ، فإذا ادعى رده على مالكة المطلق ، فهو مصدق فيه مع

يمينه ، ولم يفصلوا بين الوديعة والرهن والإجارة . وهذا قياسٌ مُطَرَّد ، وهو

[أوقع]^(١) في طريق المعنى مما ذكره العراقيون . وما أشاروا إليه من كون يد المرتهن

والمستأجر عائدة إلى منافعها ، لا معتبر به ؛ إذ لو جاز التعويل عليه ، للزم أن يكون ما ذكره سبباً في إيجاب الضمان في الأصل على المرتهن والمستأجر لو تلفت العين في أيديهما ، كما يجب الضمان على المستعير والمستأجر^(١) ، فإذا لم يكن كذلك ؛ فلا معول على ما ذكره وليت شعري ما قولهم لو ادعى المرتهن والمستأجر تلف العين في أيديهما ، هل يصدقان عندهم أم لا ؟ والقياس أن ينزل دعوى التلّف منزلة دعوى الرد في كل تفصيل .

فَرَجٌ : ٣٧٧٩- إذا رهن الغاصب العين المغصوبة عند إنسان ، وكان المرتهن يحسبه مالكا لتلك العين . فإذا تلفت في يد المرتهن ، وجاء المغصوب منه مطالبا ، قالوا : هل له مطالبة المرتهن أم لا ؟ على وجهين : أحدهما - لا يطالبه ؛ فإن يده يد أمانة على الجملة ، ولم يوجد من جهته عدوان ؛ فلا وجه لمطالبته .

والوجه الثاني - أنه يطالب ؛ لأن العين المغصوبة تلفت في يده ، ولم يوجد من جهة مالكا ائتمان فيها . ثم فرعوا على الوجهين . قالوا : إن قلنا : لا يطالب المرتهن ، فلا كلام . وإن قلنا : إنه مطالب ، فهل يستقر الضمان عليه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يستقر ؛ فإن التلف حصل في يده ، فأشبهه ما لو أتلفه بنفسه ، والتلف والإتلاف في الأعيان المغصوبة بمثابة واحدة ، فينبغي أن يصير التلف منتهى الضمان في يد من وجد التلف في يده ، وهذا معنى القرار . ثم من أثر الحكم بالقرار أنه إذا غرّم المالك المرتهن ، لم^(٢) يرجع على الغاصب ، فإذا غرّم الغاصب رجع [هو]^(٣) على المرتهن .

وقد طردوا ما ذكره من الترتيب في يد المستأجر من الغاصب ، ويد المودع من جهة الغاصب ، وكل ذلك وهم^(٤) يحسبون أن الغاصب مالك العين^(٥) .

(١) المراد الأجير المشترك ، وتكون المستأجر (بفتح الجيم) . (وانظر روضة الطالبين : ٩٧/٤) .

(٢) في الأصل كما في (ت ٢) : ولم . ولا محل للواو فيما قدرنا . والله أعلم .

(٣) مزيدة من (ت ٢) .

(٤) الضمير يعود على المستأجر ، والمودع ، والمرتهن .

(٥) أما إذا علم أن هذا مغصوب ، فاستأجره أو ارتهنه . . . ، فهو ضامن ضمان الغصوب قطعاً .

وطريق العراقيين مخالف لطريق المراززة في هذه القاعدة ؛ فإن المراززة يقطعون بتوجيه المطالبة على المرتهن والمستأجر والمودع من جهة الغاصب على جهل بحقيقة الحال في هذه المنازل ، ثم يقطعون بأن الضمان مستقر على هؤلاء أصلاً . هذا بيان الطرق فيما ذكرنا .

فَوَجَّهْ : ٣٧٨٠- قد ذكرنا صحة رهن المشاع عندنا ، فلو كانت دار مشتركة بين شريكين ، فلو رهن أحدهما نصيبه شائعاً من بيت معين من الدار المشتركة ، فقد ذكر العراقيون وجهين في صحة الرهن : أحدهما - الصحة ، جريئاً على القاعدة الممهدة . والثاني - لا يصح ؛ فإننا لو قدرنا الاستقسام من الشريك ، فربما يتفق وقوع هذا البيت كله في نصيب الشريك ، الذي لم يرهن ، وهذا يُفضي - لو صح - إلى بطلان الرهن . وهذه مسألة لطيفة .

ثم لو صححنا الرهن على الأصح ، ففي كيفية إجراء القسمة تردّد - إن كنا نرى إجراءها في المرهون ؛ فإننا وإن جوزنا القسمة في المرهون ، فليس / فيها إبطال حق ٢١١ ي المرتهن بالكلية ، ولكن يتعين حقه بعد أن كان مشاعاً . ولو أجرينا القسمة في الصورة التي ذكرناها ، فقد يؤدي إلى إخراج البيت بالكلية عن الرهن ، وفيه إبطال حق المرتهن ، فليتأمل الناظر في القسمة إن وقعت وتضمنت خروج البيت عن ملك الراهن بالكلية ، أيتجه أن يقال : يغرم الراهن قيمة الشقص المرهون ، ويضعها رهناً عند المرتهن ؟ أم كيف السبيل فيه ؟

ووجه التردد أنه لم يأت من قبل الراهن شيء ، ولم يجز^(١) الشريك المستقسم ، فقد يحتمل أن يجعل هذا بمثابة تلف المرهون في يد المرتهن ، ولكن قد اعتاض عنه الراهن ؛ فإن ملكه إن زال عن قسطه من البيت ، فقد وقع له في القسمة خلوص شيء آخر في قطر آخر ، فالوجه إذن تغريمه القيمة .

(١) كذا في الأصل ، مع أن النقط فيها أندر من النادر ، وفي (ت ٢) بهذا الرسم أيضاً وبدون نقط مع أنها تلتزم النقط دائماً . ولعلها : « لم يَجْر » من الجور ، أو « لم يَجْن » ، فالمعنى المفهوم من السياق : « أن خروج الرهن من يد المرتهن لم يأت بفعل من الراهن ، ولا بجناية من الشريك المستقسم ، فأشبه ما لو كان بأفة سماوية » .

فَبَيْعٌ : ٣٧٨١- إذا اشترى رجل عبداً بألف ، فجاء إنسان وتبرع بأداء الدين ، وكان ما أداه من جنس الثمن ، فيصح ، وتبرأ ذمة المشتري ، ولا يرجع المتبرع عليه بما أداه ، وإن أبرأ ذمته ؛ فإنه لم يؤدِّ بإذنه ، فلو خرج المبيع مستحقاً ، وبأن بطلان العقد ، فالبايع يرد ما قبض على المتبرع ، ولا يرده على المشتري ؛ فإن المتبرع إنما أداه ثمناً ، فإذا لم يكن^(١) ، ردَّ عليه ما سلمه إليه .

ولو استمر العقد على الصحة ، ولكن وجد المشتري بالمبيع عيباً ، فرده على البائع ، فالبايع يرد ثمنه . واختلف أئمتنا : فمنهم من قال : يرده على المشتري ؛ فإن البيع لم يتبين بطلانه ، وبقي الثمن على حقيقته ، فلا سبيل للمتبرع إلى الرجوع فيما تبرع به . وليس ذلك كصور الاستحقاق .

ومن أصحابنا من قال : يرد الثمن على المتبرع ؛ فإنه ما جرى بينه وبين المشتري ما يتضمن تملك المشتري من طريق التضمين . وإنما طلب المتبرع أن يبرأ ذمة المشتري من غير تقدير تملك له ، حتى يقال دخل المؤدَّى في ملك المشتري في ألطف زمان ، ثم انتقل من ملكه ، ودخل ملك البائع ، فإذا لم يكن [ذلك]^(٢) ممكناً ، فالرجوع إلى المشتري بعيد مع أنه لم يخرج من ملكه شيء ، وإنما يعود إلى الملك ما يخرج منه .

ولو جاء المتبرع وأدَّى إلى البائع عَرَضاً عوضاً عن الثمن الذي في ذمة المشتري ، فالمذهب أن ذلك جائز ، كما لو تبرع بأداء جنس الثمن .

ومن أصحابنا من منع ذلك من المتبرع ؛ فإن بذل العوض يستدعي دخول المعوِّض في ملك باذل العوض ، وهذا غير متصور في حق المتبرع .

والأصح الوجه الأول ، لما ذكرناه من نزول تبرع المتبرع منزلة الفداء ، وذلك يجري في الجنس وغير الجنس .

(١) أي إذا لم يكن ما تبرع به ثمناً .

(٢) مزيدة من (ت ٢) .

ولو نكح الرجل امرأة وأصدقها شيئاً ، فتبرع أجنبي وأدّى ذلك الصداق عن الزوج من غير إذنه ، ثم الزوج طلقها قبل المسيس ، فنصف ما آذاه المتبرع يرجع إلى الزوج أم يرجع إلى المتبرع ، فعلى الوجهين ؟ المذكورين في صورة الرد بالعيب .

قَرِيعُ : ٣٧٨٢- إذا استحفظ الرهن عدلان ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالحفظ ؟ فعلى وجهين ذكرهما القاضي وغيره : أحدهما - أنه لا ينفرد ؛ لأن ظاهر التفويض إلى شخصين يقتضي أن يشتركا فيه ، ويجمعان نظريهما ، كما نقول في الوصيين .

والثاني - يجوز لكل واحد أن ينفرد بالحفظ ؛ فإن الاشتراك في عين بحكم العرف يقتضي تسليط كل واحد على الحفظ . وقد ذكرت هذا فيما تقدم . ولكن رددت احتمالات ، فقد وجدناها منصوبة للأئمة .

فإن كان الشيء مما ينقسم ، وقد جوزنا الانفراد بالحفظ ، فهل يجوز أن يقسم بينهما حتى ينفرد كل واحد بحفظ حصته ؟/ فعلى وجهين : أحدهما - أن ذلك جائز ، ٢١١ ش كما يجوز على الوجه الذي نرفع عليه أن ينفرد كل واحد بحفظ الكل ، إذا لم تكن منازعة .

والثاني - لا تجوز القسمة ؛ فإن الانفراد قد تلقيناه من العرف ، أما القسمة ، فليس يشعر بها العرف ، ولا يتضمنها الإذن .

قَرِيعُ : ٣٧٨٣- إذا رهن رجل من رجل شيئاً ، ثم سلمه إليه ، وقال : قصدت بالتسليم إليك إيداعه عندك ولم أقصد إتمام الرهن وإلزامه بالقبض ، فهل يصدق الراهن ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يصدق ؛ فإنه المسلم وإليه القصد والنية . ولا خلاف أنه لو قال عند التسليم : خذه وديعة ، ولست أقصد إلزام الرهن ، فإنه يقع وديعة ، والرهن على جوازه ، وكذلك إذا نوى وقصد .

والوجه الثاني - أن القول قول المرتهن ؛ فإن الغالب في العرف أن من رهن ، فإنه لا يسلم المرهون إلا من جهة الرهن ، وإن هو لم يرد ذلك ، فالغالب أنه يودع المرهون عند غير المرتهن ، فصدقنا المرتهن لظاهر الحال . وللفرع التفات على أن اليد هل تدل على الرهن ؟

قَبَضَ : ٣٧٨٤- قد ذكرنا أن يد العدل تنوب عن يد الراهن من وجه ، وعن يد المرتهن من وجه ، وليس للمرتهن أن يأخذ الرهن من يد العدل ، فلو أنه اغتصبه وأخذه من يده ، فقد صار متعدياً ، ضامناً بما جرى منه ، فلو جاء ورده إلى العدل ، فالذي ذهب إليه جماهير الأصحاب أن المرتهن يبرأ بما فعل عن ضمان الغصب ؛ لأن يد العدل يد المالك ؛ فإذا رد ما أخذه إلى نائب المالك ، حكمنا ببراءته عن الضمان .

ومن أصحابنا من قال : لا يبرأ عن الضمان ما لم يرد المأخوذ إلى المالك . ثم ^(١) يأذن للعدل إذناً جديداً في قبض الرهن من المرتهن ؛ وذلك أن يد العدل قد [زالت] ^(٢) بطاريء العدوان ، فإعادة اليد أمر جديد ، فلا بد فيه من إذن جديد ، والأصح الأول . وإن قلنا بالثاني ، فليس للعدل أن يقبضه منه إذا جاء به ؛ فإننا نزعم أن التعديل الأول قد انقطع وزال ، فلا بد من تجديد .

وما ذكرناه في العدل ، فلا شك في جريانه في المودع ، وسيأتي شرح ذلك ، وتفصيل القول في أن المودع هل يخاصم من غصب الوديعة حتى يستردها - في كتاب الوديعة ، إن شاء الله عز وجل .

قَبَضَ : ٣٧٨٥- إذا رهن عند إنسان أرضاً ، وشرط للمرتهن أن يغرسها لنفسه بعد مضي شهر ، فيدعه قبل انقضاء تلك المدة يد أمانة ، وإذا انقضت المدة ، وأخذ في الانتفاع ، صارت يده يد عارية ؛ من جهة أنه منتفع بالإذن ، من غير استحقاق . وهذا معنى المستعير . فلو أنه غرس قبل المدة المضروبة ، فقد تعدى موجب الإذن ؛ وغراسه لهذا السبب مقلوع ، ولو أنه غرس في أوان الإذن في الغراس ، فهو مستعير غارس ، فلا يُقْلَعُ غراسه مجاناً ، كما سيأتي ذلك مشروحاً في كتاب العارية .

ولو قال الراهن : رهنتك الأرض فإذا مضى شهرٌ ، فهي مبيعة منك . فإذا انقضى ي ٢١٢ الشهر ، فغرسه ، فلا شك أن الأرض ليست ^(٣) مبيعةً منه ، فإذا غرسها نظر / : فإن كان

(١) في (ت ٢) : أو ما لم يأذن للعدل إذناً جديداً .

(٢) في الأصل : تزال ، و(ت ٢) : زال . والمثبت تصرف من المحقق .

(٣) في (ت ٢) : غير مبيعة .

يعتقد أنها مبيعة ، وأن غرسه واقع في ملكه ، فقد نقل أئمة المذهب عن الشافعي في هذه الصورة أنه قال : « هو في غراسه كالمستعير إذا غرس على وفق الإذن ، فإننا لا نقلع غراسه مجاناً » . وهذا حسن منقاس لا شك ؛ فإن ما جرى [من] ^(١) صورة البيع ، لا ينحط عن الإذن في الغراس .

فأما إذا كان عالماً بفساد البيع ، وأقدم على الغراس ، مع العلم بحقيقة الحال ، فقد نقل عن الشافعي أنه قال : « غراسه مقلوع » .

فإن قيل : إن لم يصح البيع ، فهلا قيل : ما صدر من الراهن إذن في الغراس ؟ قلنا : لم يتعرض الراهن لتفصيل التصرفات ، وإنما ذكر بيعاً ، فإن صح ، حكم به ، وإن فسد وجرى غرس على جهل ، يعذر الغارس ، وكان كالمستعير . وإن غرس عن علم ، فلا عذر .

وهذا على حاله غير خالٍ عن ضرب من الاحتمال .

فَقِيْعُ : ٣٧٨٦- من مات وخلف تركة والديون على قدرها ، أو أكثر ، أو أقل ، فالذي أطلقه علماء الشريعة أن الديون تتعلق بأعيان التركة ، وتصير التركة موثقة بها . ثم ذكر العراقيون قولين في أن تصرف الوارث هل ينفذ في التركة قبل أداء الدين : أحدهما - أنه لا ينفذ ، وهو ظاهر ما اختاره المروزة .

والقول الثاني - إن تصرفه نافذ ، ونزلوا تعلق الدين بالتركة منزلة تعلق الأرض برقبة العبد الجاني ، وقد مضى في بيع الجاني قولان ، والتفريع عليهما في كتاب البيع ، وإنما شبهوا هذا بتعلق الأرض ؛ من قبل أن الأرض يتعلق برقبة الجاني من غير قصد من المالك ، كذلك الدين يتعلق بالتركة من غير إثارة واختيار من المتوفى ومن الورثة .

وهذا الذي ذكروه تشبيه حسن من طريق الظاهر .

ولكن الذي يقتضيه الأصل عندي أن تعلق الدين بالتركة يضاهي طريق تعلق الرهن ، والدليل عليه أن هذا مما حكم الشارع به نظراً للمتوفى ، ولأجل تحقيق ذلك الحكم بحلول الآجال ، مع ما فيها من التفاوت في المالية . فإذا كان سبب تعلق الديون

بالتركة ما وصفناه ، فلا يليق بهذه المصلحة تسليط الوارث على التصرف ، وليس كالأرش ؛ فإنه أمر جزئي في حالٍ نادر ، والديون في التركات عامة الكون والوقوع .

ثم فرع العراقيون ، وقالوا : إن رددنا بيع الوارث ، فلا كلام . وإن نفذناه ، نظر : فإن أدى الدين من ماله ، جرى البيع على نفاذه ، وإن امتنع ، نقضنا بيعه والتفريع على الجملة يقع على حسب تفريع بيع السيد للعبد الجاني . فإن قلنا : لا ينفذ بيع الوارث ، لمكان الدين ، لم يفصل بين الدين المستغرق وبين الزائد وبين الناقص .
هذا ظاهر المذهب .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً أن الدين إن كان أقل من التركة ، لم يمتنع به التصرف على الوارث ، وينفذ التصرف إلى أن لا يبقى من التركة إلا كفاء الدين . [وسنعود إلى هذا]^(١) في كتاب التفليس ، إن شاء الله عز وجل على قياس الديون في الرهن .

٣٧٨٧- وإن لم يكن في التركة دين ، وكان البائع باع عبداً واستوفى ثمنه وأتلفه ، ثم مات ، وخلف تركة ، ولم يخلف ديناً ، فتصرف الوارث في التركة بالبيع ، ثم وجد مشتري العبد به عيباً ، فردّه في التركة فيصير الثمن ديناً ، وهل يتبع تصرف الورثة في ش ٢١٢ التركة بالنقض / ، لمكان الدين المنعكس على التركة ؟ فعلى وجهين ذكرهما العراقيون ، مفرعين على أن الدين الناجز في التركة يمنع التصرف : أحدهما - أنا نتبين فساد تصرفه في الأصل ، ونجعل ما لحق من الدين بسبب الرد بمثابة ما يكون موجوداً حالة الإقدام على التصرف ؛ فإن السبب الموجب لذلك كان مقارناً ، كما لو كان الدين مقارناً .

ثم إن قلنا : يتبين فساد التصرف ، فلا كلام . وإن قلنا : لا يستند^(٢) ، والبيع قد انقضى على نعت الزوم ، فإن أدى الوارث الثمن المنعكس على التركة ، فذاك ، وإن لم يؤده ، فهل يفسخ تصرفه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنا نفسخه ؛ فإننا لو لم نفعل ذلك ، أدى إلى أن لا يجد من رد بالعيب مرجعاً ، ولا سبيل إلى تضييع حقه .

(١) في الأصل : وسنعيد هذا .

(٢) أي لا يبطل (بالاستناد) .

والوجه الثاني - أنا لا نفسخ [ذلك]^(١) التصرف ؛ فإنه كان انتهى إلى صفة اللزوم ، فلا وجه لمنع لزومه على الوجه الذي نرفع عليه ، ولو كنا نُسند الأمر إلى ما سبق ، لأسندنا تبين الفساد إلى التصرف ، فعلى هذا إذاً لا وجه إلا مطالبة المتصرف في التركة ، كما يطالب بدينه المختص به . ورُبَّ دين يلزم إنساناً ، وإن لم يكن ملتزمه في الابتداء ، كما يلزم الضامن بسبب الضمان .

٣٧٨٨- ولو خلف تركة ولا دين ، فاقسّم التركة الورثة وتصرفوا فيها ، ثم تردّي متردّ في بئر كان احتفرها المتوفّي في محل عدوان ، فاقضى الحال انعكاس الضمان على التركة ، فهل يتبع ما تقدم من التصرفات بالنقض ؟ في المسألة وجهان مرتبان على التي نجزت الآن . وهذه الأخيرة أولى بأن لا تنقض التصرفات فيها إسناداً ؛ فإن من مات وكان باع عبداً ، فعهد العقد قائم ، فكأنه ترك على الورثة ذلك العبد بعهدته ، ولا شك أن هذا أقرب من فرض تردّي بهيمة في بئر بعد سنين ، ثم التفريع في هذه المسألة على حسب التفريع في مسألة الرد بالعيب . والله أعلم بالصواب . [وإليه المرجع والمآب . انتهى كتاب الرهن]^(٢) .

* * *

(١) مزيدة من (ت ٢) .

(٢) زيادة من (ت ٢) .

كِتَابُ التَّفْلِيسِ

٣٧٨٩- التفليس والإفلاس في أصل اللسان ، يعبر بهما عن الانتهاء إلى غاية الضر في المسكنة . وقول القائل : أفلس فلان ، معناه انتهى بضرورته إلى فلوسه ، ولم يبق له مال يُرمَق . وقول القائل : أفلس ، معناه وصل إلى الفلوس . وهو على مذهب العرب ، إذا قالت : أسهل زيدٌ ، وأحزن عمرو ، إذا انتهيا إلى السهل والحزن . والتفليس اكتساب المفلس نعتاً إفلاسه .

٣٧٩٠- والذي نصّدّر به الكتاب أن من قلّ ماله ، وكثرت ديونه ، فللقاضي أن يحجر عليه ، لأجل غرمائه إذا استدعوا ذلك منه ، ويستفيدون باستدعاء الحجر قصرَ يده عن التصرفات في ماله ؛ حتى تُصرف أمواله إلى جهات ديونه ، والأصل في جواز ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : « أنه حجر على معاذ بن جبل رضي الله عنه ، وباع عليه ماله في ديونه »^(١) ، وعن عمر بن الخطاب أنه قال في أثناء الخطبة : « ألا إن الأسيف ، أسيف جهينة ، رضي من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج ، فاذن معرضاً^(٢) ، فأصبح وقد [رين]^(٣) به ، وإنّا بائعو ماله غداً ، فمن كان له عليه حق فليحضر »^(٤) .

(١) حديث الحجر على معاذ : قال في البدر المنير : « هذا الحديث صحيح » وأخرجه الدارقطني : ٢٣٠/٤ ، والحاكم : ٥٨/٢-٢٧٣/٣ ، والبيهقي : ٤٨/٦ ، ورواه أبو داود في المراسيل ، وانظر التلخيص : ٨٦/٣ ح ١٢٤٤ .

(٢) مُعرضاً : أي متوسعاً في الدين ، من أعرض في الشيء إذا توسع فيه .

(٣) في الأصل : دين . ورين به (بالراء) : وقع فيما لا طاقة له به ، ولا يستطيع الخروج منه (معجم) .

(٤) حديث عمر في أسيف جهينة رواه مالك في الموطأ بسند متقطع : ٧٧٠/٢ الوصية ، ووصله الدارقطني في العلل : ١٤٧/٢ ، وانظر التلخيص : ٩١/٣ ح ١٢٥٠ .

ثم إذا زادت ديون المرء على ماله ، واستدعى الغرماء الحجر عليه أسعفهم ، وضرب عليه حجراً .

ي ٢١٣

٣٧٩١- فإن كانت ديونه على مقدار ماله من غير زيادة ولا نقصان/ ، فهل يحجر عليه إذا استدعى [الغرماء] ^(١) الحجر ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - لا يحجر عليه ؛ فإن ماله كفاء لديونه ، وفيه وفاءً بجملتها ، وإنما فائدة الحجر تضارب الغرماء بحصصهم ، ورجوع كل إلى ما يقتضيه بسبب حقه .

والوجه الثاني - أنه يحجر إذا استدعوا ؛ فإن الديون إذا ساوت ، فما أسرع ما تزيد ، ولو لم يتندر القاضي الحجر ، لجرّ ترك الحجر ضرراً على الغرماء ، وهذا الوجه مختار عند الأئمة ؛ فإننا إذا كنا نسعى في إيصال الغرماء إلى حصص من ديونهم عند ضيق المال ، فلنسعى في إيصالهم إلى كمال حقوقهم عند مساواة الديون المال .

٣٧٩٢- ولو كانت الديون أقل من مقدار المال واستدعى الغرماء الحجر عليه ، فقد ذكر أصحابنا في إسعافهم وجهين مرتبين على الوجهين في مساواة الديون المال ، والصورة الأخيرة أولى بأن لا يجابوا إلى ملتسمهم .

وأطلق الأئمة ذكر الخلاف في الديون القليلة ، فلا بد من تفصيل ذلك ؛ فإننا على قطع نعلم أن من يرجع إلى ثروة طائلة ؛ ونعمة ضخمة ، وعليه دين قليل بالإضافة إلى يساره ، فتجوز الحجر على من هذا وصفه محالاً ، وقائله في حكم الخارق للإجماع ، فالوجه في تقرير القول في ذلك ما ذكره صاحب التقريب ، حيث قال : إذا انحط قدر الدين عن قدر المال ، ولكنا كنا نرى الديون إلى ازدياد ، والدّخل ^(٢) إلى انحطاط ، وظهر في ظننا إفضاء الأمر على قرب إلى المساواة ، ثم منها إلى الزيادة ، فإذا كان كذلك ، اتجه الخلاف في ضرب الحجر .
والأمر على ما ذكره ، فلا يسوغ تخيل غيره .

٣٧٩٣- ثم ذكر أئمتنا في الدين القليل في التركة خلافاً أيضاً ، في أن الوارث هل

(١) في الأصل : الورثة .

(٢) (ت ٢) : والرحل .

يُمْتَنَعُ عَلَيْهِ التَّصَرُّفُ فِي التَّرَكَةِ بِسَبَبِ الدِّينِ الْقَلِيلِ ؟ وَقَدْ قَدَّمْنَا ذَكَرَ هَذَا فِي آخِرِ كِتَابِ الرِّهْنِ . وَالنَّظَرُ فِي هَذَا إِذَا كَانَ الدِّينُ قَلِيلاً عَلَى خِلَافِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ ؛ فَإِنَّ التَّرَكَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْدِّيُونِ ، كَالرَّهُونِ الَّتِي يَتَوَثَّقُ الدِّينُ بِهَا ، وَكَرْقَابِ الْجَنَّةِ . [و] ^(١) عَلَى أَيِّ وَجْهِ فَرَضْنَا الْأَمْرَ ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ . وَالْحَجَرُ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ ابْتِدَاءُ أَمْرِ لَدْرٍ الضَّرَارِ عَنِ الْغَرْمَاءِ ، وَلَيْسَتْ أَمْوَالُ مَنْ عَلَيْهِ الدِّيُونُ مُتَعَلِّقَةٌ لِلْدِّيُونِ قَبْلَ اطِّرَادِ الْحَجَرِ .

٣٧٩٤- ثُمَّ قَالَ الْعُلَمَاءُ : لَا يَضْرِبُ الْقَاضِي الْحَجَرَ إِلَّا إِذَا اسْتَدْعَى الْغَرْمَاءَ ، فَإِنْ اسْتَدْعَى كُلَّهُمْ ، أَجَبُوا عَلَى التَّفْصِيلِ الْمَقْدَّمِ وَإِنْ اسْتَدْعَى بَعْضُهُمْ ، نُظِرَ : فَإِنْ كَانَ دِينَ الْمُسْتَدْعَى بِحَيْثُ يَجُوزُ الْحَجَرُ بِمِثْلِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ دِينَ آخَرَ ، فَإِنَّهُ يَجَابُ ، ثُمَّ لَا يَخْتَصُّ الْحَجَرَ بِهِ ، بَلْ يَصِيرُ مُحْجُوراً عَلَيْهِ فِي حَقِّ الْغَرْمَاءِ كَافَةً .

وَلَوْ لَمْ يَوْجَدْ مِنَ الْغَرْمَاءِ كُلِّهِمُ الْاسْتِدْعَاءُ ، وَاسْتَدْعَى مَنْ دَيْنُهُ يَقِلُّ عَنْ مَبْلَغِ الْمَالِ ، وَالتَّفْرِيعُ عَلَى أَنَّ الدِّينَ الْقَلِيلَ لَا يَحْجَرُ الْقَاضِي بِهِ ، فَهَلْ يَحْجَرُ إِذَا اسْتَدْعَى بَعْضُ الْغَرْمَاءِ ؟ فَعَلَى وَجْهَيْنِ : أَحَدُهُمَا - أَنَّهُ يَحْجَرُ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَيْخِنَا أَبِي مُحَمَّدٍ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يَحْجَرُ مَا لَمْ يَبْلُغْ دِيُونُ الْمُسْتَدْعِينَ مَبْلَغاً يَجُوزُ الْحَجَرُ بِمِثْلِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَزِيدٌ . وَوَجْهُهُ بَيِّنٌ .

وَلَوْ لَمْ يَسْتَدْعِ الْغَرْمَاءُ الْحَجَرَ أَصْلاً ، فَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْجَرُ عَلَى الْمَدْيُونِ ابْتِدَاءً ، نَظَرًا مِنْهُ إِلَى طَلَبِ الْمَصْلُحَةِ الْكَلِّيَّةِ . هَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ .

٣٧٩٥- وَلَوْ ارْتَفَعَ بِنَفْسِهِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَاسْتَدْعَى مِنْهُ أَنْ يَحْجَرُ عَلَيْهِ ، وَيَفْضَ ^(٢) أَمْوَالَهُ عَلَى غَرْمَائِهِ ، فَهَلْ يَجِيبُهُ أَمْ لَا ؟ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي الْمَسْأَلَةِ : فَذَهَبَ الْأَكْثَرُونَ إِلَى أَنَّهُ يَجِيبُهُ . وَقَالَ آخَرُونَ : لَا يَجِيبُهُ مَا لَمْ يَسْتَدْعِ الْحَجَرَ غَرِيماً ، أَوْ غَرْمَاءً .

وَقَدْ قَالَ الْعُلَمَاءُ : مَا كَانَ حَجَرُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ

(١) مُزِيدَةٌ مِنْ (ت ٢) .

(٢) يَفْضُ : يَقْسِمُ .

ش ٢١٣ من جهة استدعاء غرمائه ، والأشبه / أن ذلك جرى باستدعائه^(١) .

٣٧٩٦- ثم إن الشافعي ذكر بعد تمهيد القول في الحجر : أن البائع يرجع بعين المبيع إذا أفلس المشتري بالثمن ، وأطرد الحجر عليه ، والقول في هذه المسألة وأطرافها معظم الكلام في التفليس .

٣٧٩٧- فنقول : من باع عيناً وسلمها وأفلس المشتري ، فحجر القاضي عليه ، فللبائع أن يرجع [بعين]^(٢) المبيع ، ويفسخ البيع ؛ حتى لا يحتاج إلى مضاربة الغرماء ، و[مخاصمتهم]^(٣) بالثمن والأصل في ذلك الحديث ، وهو ما روي عن أبي هريرة أنه رأى رجلاً قد أفلس ، فقال : « هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه ، إذا وجد به عينه »^(٤) وقوله : « هذا الذي » ظاهر معناه أنه لم يُرد أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى على ذلك الشخص المعين ، وإنما أراد بتعيينه التعرض لقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في صنف من عينه .

وأبو حنيفة^(٥) خالف في المسألة ، ومنع فسخ البيع بعد تسليم المبيع .

ثم أجرى الفقهاء في الخلاف طرفاً من المعنى ، ووجه الخصوم عليها أسئلة ، فدفعها أئمة المذهب بأمور مستفادة مذهبية . ولا ينتظم ذكرها إلا في معرض الأسئلة والأجوبة .

(١) ينكر ابن حجر أن يكون الحجر على معاذ كان بطلب منه ، ويقول : « هذا شيء ادعاه إمام الحرمين في النهاية ، وتبعه الغزالي ، وهو خلاف ما صح من الروايات المشهورة » ثم أشار إلى ما رواه الدارقطني من أن معاذاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، فكلمه ليحكم غرماء ليرفقوا به ، وبذلك تجتمع الروايات . هـ التلخيص : (٨٨ / ٣) ، سنن الدارقطني : (٢٣١ / ٤) .

(٢) في الأصل : في عين .

(٣) من هامش (ت ٢) ، وفي الأصل ، كما في (ت ٢) : مخاصمتهم .

(٤) حديث أبي هريرة : أخرجه أبو داود : بيوع ، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه ، ح ٣٥٢٣ ، ومسند الشافعي رقم (٥٦٤) ، والمستدرک (٥٠ / ٢) ، وانظر التلخيص (٨٧ / ٣ ح ١٢٤٦) .

(٥) ر . حاشية ابن عابدين : (٤٤ / ٤) .

٣٧٩٨- فالذي هو عماد المذهب في إثبات حق الفسخ أن الثمن أحد عوضي البيع ، فليكن التعذر فيه بمثابة التعذر في المبيع ؛ فإن البائع يستحق على المشتري تسليم الثمن كما يستحق المشتري على البائع تسليم المبيع ، [والتعاضد تبادل]^(١) في العوضين ، فالذي يقتضيه العقد استواء الشقين . ثم اعتضد الأصحاب بالقياس على تعذر المُسَلَّم فيه بسبب انقطاعه .

هذا متعلق المذهب على الجملة أوردناه [لنفض]^(٢) عليه الأسئلة المذهبية .

٣٧٩٩- فإن قيل : لو كان الثمن كالمُسَلَّم فيه ، لما جاز الاستبدال عنه قبل قبضه كالمُسَلَّم فيه . قلنا : في الاستبدال عن الثمن قولان منصوصان .

فإن قيل : هلا قلتم : انقطاع جنس الثمن يقتضي من الانفساخ ، أو ثبوت حق الفسخ ما يقتضيه انقطاع المُسَلَّم فيه ؟ قلنا : هذا خارج على قولنا الاستبدال ، فإن ألحقنا الثمن بالمسلم فيه في الاستبدال عنه ، فلو انقطع جنس الثمن ، كان كما لو انقطع المسلم فيه .

فإن قيل : هلا أثبتتم للبائع حق الرجوع وإن تلف المبيع في يد المشتري ؟ قلنا : سبب إثبات حق الفسخ الخلاص من زحمة المضاربة ، وإنما يتأتى هذا بالرجوع إلى عين لا يزاحم الراجع فيها .

فإن قيل : قدّموه بقيمة المبيع من غير مضاربة . قلنا : حقه في العين ، فلا يقدّم إذا فاتت .

٣٨٠٠- فإن قيل : الرهن قد يفوت ، وتنتقل الوثيقة إلى بدله ، فهلاً كان الأمر كذلك في البائع مع المفلس ؟ قلنا : حق المرتهن لا يتأتى في وضع الرهن إلا من بدله ، فلم يمنع انتقال حقه إلى البدل ، بخلاف البائع ؛ فإن حقه في العين . فإن قالوا : إنما يُثبتون للبائع حق الرجوع طلباً لفائدة ، وقد يستفيد بالمضاربة بالقيمة

(١) في الأصل : والتعارض يتبادل . و(ت ٢) : والتعارض تبادل . والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) في الأصل : بدون نقط . وفي (ت ٢) : نقص . وما اخترناه هو اللفظ المعهود في لغة إمام الحرمين .

ي ٢١٤ أمراً ، وذلك إذا كانت القيمة أكثر من الثمن المسمى ، فإذا ضارب/ بالقيمة ، كانت حصته أكثر من حصته في المضاربة بالثمن . قلنا : الأمور^(١) تحمل على اعتدال ، والغالب أن القيمة كالثمن . وإن فرضت زيادتها تارة ، لم يمتنع فرض نقصانها أخرى . وقد قال بعض أئمتنا بالمضاربة بالقيمة إذا ظهرت الفائدة . وحكى الإمام ذلك ، وحكاه غيره على ندور ، واشتهر بين الخلافين .

٣٨٠١- فإن قيل : ينبغي ألا يفسخ إذا قدمه الغرماء بتمام الثمن ، قلنا : له الفسخ وإن قدموه ؛ لمعنيين : أحدهما - أنه ربما لا يرضى بتقليد منة منهم ، ويأبى إلا ما أثبتته الله تعالى له . والثاني - أنه لا يأمن ظهور غرماء لا يرضون بتقديمه .

فإن قيل : قد استشهدتم بالانقطاع في المسلم فيه ، وذلك لما أثبت حق الفسخ ، لم يفرق فيه بين أن يكون رأس المال قائماً أو تالفاً . قلنا : السبب فيه أن المسلم إليه إذا لم يكن مفلساً ، فالرجوع إلى بدل رأس المال ممكن معه ؛ إذ لا مضاربة حيث لا حجر .

فإن قالوا : لو أفلس المسلم إليه وحجر عليه وجنس المسلم فيه غير منقطع ، فماذا ترون ؟

قلنا : يفسخ المسلم ، ويرجع إلى رأس المال رجوع البائع إلى المبيع . فلو كان رأس المال تالفاً في هذه الحالة ، وجنس المسلم فيه غير منقطع ، فلا يثبت الفسخ بسبب فوات عين رأس المال ، ومسيب الحاجة إلى المضاربة ، كما قدمناه ؛ فلا فرق بين الفسخ بالمسلم فيه ، وبين الفسخ بالثمن .

فإن قيل : لو اجتمع فلس المسلم إليه ، وانقطع جنس المسلم فيه ، فماذا ترون ؟ قلنا : اختلف أصحابنا في هذه المسألة ، فمنهم من قال : لا يثبت الفسخ مع الفسخ إذا لم يجد من يُقدَّر فاسخاً عيناً يُقدَّم^(٢) بها ؛ لأنه لو فسخ ، لاحتاج إلى المضاربة ، والفسخ إنما أثبت للخلاص منها . وظاهر المذهب أنه ثبت حق الفسخ في هذه الصورة ؛ لأنه يستفيد بالفسخ الوصول إلى بعض حقه عاجلاً ، ولو لم يفسخ ، لأنظره

(١) في (٢) : «الأصول» .

(٢) في الأصل : ويقدم بها .

إلى وجود الجنس ، فربما يوجد الجنس ولم يبق بيده شيء يؤدي منه حق المسلم .

٣٨٠٢- ومما يجري في هذه المسألة أنهم يقولون : الفسخ لا يرد على العين المبيعة ، فإنه سلمها إلى المشتري ، وإيراد الفسخ على الثمن وهو دين محال ، فإن الفسخ تعتمد الأعيان ، فتردها ، ثم تقتضي استرداد أعواضها . قلنا : هذا ينقضه السلم ؛ فإنَّ الفسخ ينشأ من تعذر فيه ، وهو دين ، ثم الفسخ يرد على العقد إذا قام ما يوجب الفسخ ، وعلى هذا بنينا إجراء التفاسخ إذا تحالف المتعاقدان بعد تلف المبيع .

فإن قيل : هل تجوزون أن يقول البائع : رددت الثمن أو فسخت العقد فيه ؟ قلنا : امتنع من إطلاق ذلك بعضُ الأصحاب ، وقالوا : حق الفسخ أن يضاف إلى العقد المرسل ، ثم إذا انفسخ استعقب الفسخ مقتضاه . وقال قائلون : تصح العبارة على الوجه الذي طلبه السائل ، ولا يضر إضافة الفسخ إلى الثمن ، وقولنا في ذلك ، كقول الجميع في السلم .

٣٨٠٣- فإن قيل : إذا باع رجل عبداً بجارية ، وتقابضا ، فقبض المشتري العبدَ والبائع الجارية ، وتلف العبد في يد قابضه ، وأفلس ، ووجد قابضُ الجارية بها عيباً ، فإنه يردّها ، فهل يتقدم بقيمة العبد المستردّ على الغرماء ؟ قال القاضي : هذا يحتمل وجهين / : أحدهما - لا يتقدم بها ؛ لأنها دينٌ والتقديم بالدين محال . والثاني - ٢١٤ ش يتقدم ؛ لأن الغرماء ، وإن قدمنا عليهم من ردّ الجارية ، فذلك في مقابلة ما أدخلناه في حقوقهم ، فإننا رددنا عليهم الجارية ، وكان التقدم في هذه الصورة^(١) بالقيمة يضاهي تقديم من يعامله بعد الحجر بأثمان المعاملات .

فهذا تمام ما أردنا أن نذكره من دقائق المذهب في أثناء الأسئلة والأجوبة .

٣٨٠٤- ومما نلحقه بقاعدة الفصل أنا إذا أثبتنا حقَّ الفسخ للبائع ، فهو على الفور أم على التراخي ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه على الفور ؛ لأنه خيار فسخٍ شرعٍ لدَرءِ الضرر ، فينبغي أن يكون على الفور ، كخيار الردّ بالعيب والخلف . والثاني - أنه على

التراخي ؛ لأنه خيار يتضمنه الرجوع في عين سلمها ، وأزال الملك عنها ، فأشبه ذلك حق الرجوع في الهبة .

قال القاضي : لا يمتنع أن يتأقت هذا الخيار بثلاثة أيام ؛ فإننا سنذكر قولاً كذلك في خيار المعتقة تحت زوجها القن ، إن شاء الله تعالى .

٣٨٠٥- ومما يتعلق بتمام الكلام في ذلك أن المشتري لو لم يكن مفلساً ، ولكنه امتنع عن أداء الثمن ، وعسر تحصيله منه ، فهل يثبت للبائع حق الرجوع ؟ فوجهان : أحدهما - يثبت للتعذر . والثاني - لا يثبت ، وهو ظاهر المذهب ؛ لأن حكم الممتنع في الشرع أن يستوفى منه الحق طوعاً أو كرهاً . فإن فرض مارد^(١) لم يُبَيِّن الشرع عليه .

٣٨٠٦- وإن غاب المشتري ، فإن كان للبائع بيّنة ، وقد ترك المشتري في البلد ما يفي بالثمن ، فلا يرجع في عين المبيع ، وإن لم تكن له بيّنة ، ولا له مال في البلد . فهذا بمثابة الامتناع الذي حكينا تردّد^(٢) الأصحاب فيه .

ويثبت الرجوع إلى عين المبيع بعد وفاة المشتري ، وفي حال حياته إذا أفلس وضُرب الحجر عليه ، وأثبت مالك الرجوع [في حال الحياة ، ولم يثبت بعد الوفاة]^(٣) . وتعرض الشافعي له بالمحاجة بأمور لا حاجة بنا إليها .

(١) (ت ٢) : ما زاد . وهي في الأصل بهذا الضبط (مارد) على خلو نسخة الأصل من النقط والضبط .

والمارد : الطاغية العاتي (معجم . ومصباح) .

وفي الروضة للنووي (١٤٩/٤) : « ... نادرٌ لا عبرة به » وهذا أشبه بلغة الفقهاء .

(٢) (ت ٢) : حكيناه ، وتردد الأصحاب فيه .

(٣) في الأصل ، وفي (ت ٢) : « وأثبت مالك الرجوع بعد الوفاة ، ولم يثبت في حال الحياة » ، والذي سوغ لنا هذا التصويب ، واعتباره سبق قلم من الناسخ أمران :

أ - أن هذا هو المنصوص في كتب المالكية ، مثل : جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (٩٤/٢) ، بلغة السالك لأقرب المسالك (١٢٦/٢) ، وبداية المجتهد (٢١٧/٢) ، والموطأ : كتاب البيوع ، ح ٨٧ . وهو ما حكاه عنهم الشوكاني أيضاً في نيل الأوطار (٣٦٥/٥) .

ب - والأمر الثاني الذي سوغ لنا هذا التصويب ، محاجة الإمام الشافعي للإمام مالك ، التي أشار إليها إمام الحرمين ، فالشافعي يقول : « ويقال لمن قبل الحديث في الحياة دون

٣٨٠٧- ومما نشبته في أصل الكتاب توطئة للقواعد أن أصحاب الديون الحالة يتضاربون في مال المفلس ، واختلف القول في الديون المؤجلة ، فأحد قولي الشافعي أنها تحل بالحجر ، كما تحل الديون المؤجلة بالموت . والقول الثاني : إنها لا تحل . فإن قضينا بحلولها ، اضطربوا مع المضطربين ، وإن حكمنا بأنها لا تحل ، فالمال العتيد الموجود مصروف إلى أصحاب الديون الحالة ، وأصحاب الديون المؤجلة يؤخرون . ثم إذا حلت آجال ديونهم بعد فضّ المال على الديون الحالة ، لم يملكوا أن يرجعوا بشيء مما تضارب أصحاب الديون الحالة .

وسيكون لنا إلى تفصيل القول في حلول الآجال عودة ، إن شاء الله تعالى .

فَضْلٌ

قال : « فإن تغيرت السلعة بنقص في بدنّها . . . إلى آخره »^(١) .

٣٨٠٨- إذا أفلس المشتري ، فالمبيع لا يخلو إما أن يكون تالفاً أو قائماً : فإن كان تالفاً ، لم يثبت للبائع حق فسخ العقد ، وليس له إلا مضاربة الغرماء بمقدار الثمن ، كما / قررناه فيما تقدم .

فأما إن كان قائماً ، فلا يخلو إما أن يكون متغيراً في ذاته ، أو غير متغير . فإن لم يكن متغيراً ، لم يخل إما أن يكون خرج عن ملك المشتري ، ثم عاد إليه ، أو لم يكن خرج عن ملكه . فإن كان خرج عن ملكه ، ثم عاد إليه ، ثم أفلس ، نظر : فإن عاد بهبة ، أو وصية ، أو إرث ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - يرجع نظراً إلى قيام

= الموت : قد حكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة على الحي ، فحكمتم بها على ورثته ، فكيف لم تحكموا في المفلس في موته على ورثته ، كما حكمتم عليه في حياته ؟ مختصر المزني (٢١٩ / ٢) .

فاستشهد إمام الحرمين بكلام الشافعي هذا في الرد على مالك ، يشهد بأن ما كان في النسختين عكس ما يريده المؤلف ، مما سوّغ لنا هذا التصويب . والله أعلم .

(١) ر . المختصر : (٢١٩ / ٢ ، ٢٢٠) .

السلعة في ذاتها . والثاني - أنه لا يرجع ؛ فإن حق الفاسخ^(١) أن ينقض بفسخه الملك الذي استقر^(٢) منه بالعقد من جهته . والملك الزائل العائد ليس كذلك . ولهذا نظائر ، منها زوال ملك المتهم وعوده بإحدى هذه الجهات ، فهل^(٣) للواهب الرجوع ؟ فعلى ما ذكرناه من الوجهين .

وإذا زال ملك المرأة عن الصداق ، وعاد قبل الطلاق ، فإذا طلقها زوجها قبل المسيس ، فهل يرجع في نصف عين الصداق ؟ فعلى ما ذكرناه من الخلاف .

وإذا باع عبداً بثوب ، فخرج العبد من ملك المشتري ، ثم عاد إليه ، وقد اطلع صاحبه على عيب بالعوض الذي قبضه ، فله ردُّه ، ولكنه هل يرجع بالعبد الذي زال وعاد ؟ فعلى وجهين .

ومسلك الكلام في جميعها واحد .

٣٨٠٩- وكل ما ذكرناه فيه إذا كان زال ملك المشتري ، وعاد بتبرع ، أو بجهة لا عوض فيها . فأما إذا زال ملك المشتري بجهة من الجهات ، أية جهة كانت ، ثم عاد إليه ببيع ، ثم أفلس ، فقد تحقق إفلاسه بالثمن الأوّل في البيع الأوّل ، وتحقق إفلاسه بالثمن الثاني ، ففي المسألة أوجه : أحدها - أن حق الرجوع للثاني ، وهو القياس ، فيرجع في المبيع إن شاء^(٤) ؛ لأن تلقي الملك فيه من جهته الآن .

والوجه الثاني - حق الرجوع للأول ؛ لأنه أسبق ، فهو أولى بالتقديم . وهذا يتجه بالبناء على أن الرجوع يثبت في الملك الذي زال وعاد ، كما ذكرناه ، فكأن الملك لم يزل في حق الأول ، وحقه مستدام فيه .

والوجه الثالث - أنهما يستويان فيه ؛ لأن للأول حق السبق ، وللثاني حق الدنو والقرب ، واطراد الملك من غير تقطع ، وإذا تقابل المعنيان ، أوجب ذلك أن يستويا ،

(١) (ت ٢) : التفاسخ .

(٢) (ت ٢) : استعيد .

(٣) (ت ٢) : « فإن قلنا : للواهب . . . » .

(٤) في الأصل : « إن شاء الله » ولا محل لها تبريكاً ولا تعليقاً .

فيرجع كلٌ بنصف الجارية^(١) ويضارب بنصف الثمن .

٣٨١٠- ثم نفرع فنقول :

إن عفا الأول ، فالحق للثاني وجهاً واحداً ، وإن عفا الثاني ، فهل للأول حق الرجوع ؟ فعلى وجهين مبنيين على أنه لو زال ملكه بهبة ، ثم عاد بمثلها ، أو بإرث ، فهل يثبت للبائع حق الرجوع ؟ فيه الخلاف الذي تقدّم .
هذا كله إذا كان قد خرج عن ملك المشتري وعاد .

٣٨١١- فإن لم يخرج عن ملكه ، بل اطرده ملكه ، فلا يخلو : إما أن تعلق به حق الغير ، أو لم يتعلق : فإن تعلق به حق الغير ، لم يخل إما أن يكون متعلقاً بعينه ، أو لا بعينه : فإن كان متعلقاً بعينه ، كحق المرتهن ، والمجني عليه ، والكتابة ، فلا يملك البائع إبطال هذه الحقوق . ولكن لو صبر حتى فك عن الرهن ، وبريء عن الجناية ، فإنه يرجع الآن . هكذا قال فقهاؤنا .
وقد ذكرت طرفاً من هذا في أحكام الرد بالعيب .

وأما إذا كان مكاتباً ، فصبر حتى رَقَّ المكاتب ، وعجز عن أداء النجوم ، قال بعض أصحابنا : هذا يخرج على الوجهين ؛ لأن الكتابة ألحقته في أحكام الاستقلال ٢١٥ش بالأحرار ، فيجعل الاتصاف بها والعود إلى الرق المطلق ، بمثابة زوال الملك في المبيع وعوده .

هذا إذا كان الحق متعلقاً بالعين .

٣٨١٢- فأما إذا كان متعلقاً بالمنفعة كالإجارة والتزويج ، فيثبت للبائع حق الرجوع ناجزاً . ولكن المنافع تبقى مستحقة . أما منافع الإجارة ، فإلى الاستيفاء ، ومنافع الزوج لا تتأقت ، فهي مستحقة ما دامت الزوجية .

٣٨١٣- فأما إذا كان المبيع قائماً ، لم يتبدل الملك فيه ، ولم يتعلق فيه حق ، فلا يخلو إما أن يكون على هيئته التي كان عليها ، غير متغير ، لا بزيادة ، ولا بنقصان ،

(١) كذا . وصوابها : « العبد » كما بدأ التمثيل . والأمر قريب .

[وإما أن يكون متغيراً : فإن كان غير متغير ، فإنه يرجع فيه ، كما قدمناه .

وإن كان متغيراً ، لم يخل إما أن يتغير بزيادة أو نقصان^(١) : فإن تغير بزيادة ، لم تخل [الزيادة]^(٢) إما أن تكون متصلة وإما أن تكون منفصلة : فإن كانت متصلة ، رجع البائع فيها مع الزيادة ، ولا مبالاة بالزيادة المتصلة في قواعد الشريعة ، إلا في أصل واحد ، وهو إذا أصدق الرجل امرأته عيناً ، فزادت في يدها زيادة متصلة ، وطلقها الزوج قبل المسيس ، والعين زائدة ، فللمرأة أن تتمسك بعين الصداق ، ويرجع الزوج عليها بنصف القيمة ، ولا فرق بين أن تكون موسرة أو معسرة .

ولو أفلست والعين الزائدة في يدها ، وإذا لم يرجع الزوج ، لم يملك شيئاً إلا المضاربة ، ففي هذه الصورة وجهان : أحدهما - أنه ليس له إلا القيمة ، والمضاربة بها ؛ فإن الزيادة قطعت حقه من العين .

والوجه الثاني - وهو اختيار أبي إسحاق المروزي أنه يرجع إلى نصف العين . وإن زادت لضرورة المضاربة ، والإفلاس إذا كان يسلط على رفع أصل العقد ، فلا يبعد أن يؤثر في قطع حقه من الاختصاص بالصداق لمكان الزيادة . ثم عُسِرَ على الأصحاب الفرق بين الصداق ، وبين سائر الأصول فيما يتعلق بالزيادة المتصلة .

ولعل المرضي القريب أن الجهات التي يثبت فيها استرداد العين تنقسم : فمنها الفسخ . والفسوخ تستأصل الأسباب من أصولها ، فلا يبقى معها عُلقة لمن عليه الرجوع ، ومنها ما يهجم على قطع الملك ، كالرجوع [في]^(٣) الهبة ، فهو في معنى الفسخ ، والزوج بطلاقه ليس فاسخاً ، ولا هاجماً على الرجوع ، وإنما التشطير حكم من الشرع ، لم ينشئه الزوج بسبب يقطع^(٤) أصلاً كالفسخ ، ولم يعتمد قطع الملك ، فقوي تعلُّقها بعين الصداق .

فإن قيل : ما تقولون فيه إذا زاد الصداق في يدها ، ثم ارتدت قبل المسيس ؟ قلنا :

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) في الأصل : بالهبة .

(٤) (٢) : يقع .

اختلف أصحابنا في ذلك : فقال قائلون : المرأة أولى بعين الصداق ، قياساً على تشطير الصداق عند الطلاق . والصحيح أن الصداق يرتد إلى الزوج ؛ فإن طريقه الفسخ ، وقد ذكرنا أن الفسوخ تستأصل الأسباب والعلائق .
هكذا في الزوائد المتصلة .

٣٨١٤- فأما الزيادات المنفصلة ، كالثمار ، والأولاد ، والألبان ، وما في معانيها ، فهي خالصة للمشتري مصروفة إلى ديون الغرماء . والبائع يرجع في عين المبيع .
هكذا كله إذا كان التغير بالزيادة .

٣٨١٥- فأما إذا كان التغير بالنقصان ، لم يخل إما أن يكون نقصان جزء أو نقصان صفة ، فإن كان نقصان جزء ، مثل أن يبيع عبيدين ، ويموت أحدهما في يد المشتري ، ويبقى الثاني/ وما كان قبض البائع من الثمن شيئاً ؛ فإنه يرجع في الباقي من المبيع ، ٢١٦ ي يضارب الغرماء بقسط من الثمن ، وتفصيل التقسيط يأتي في أثناء الكتاب ، إن شاء الله تعالى ؛ فإن هذا الفصل في حكم التراجع ، والمعاهد ، وشرح ما انفصل بين أيدينا .

٣٨١٦- فأما إذا كان النقصان راجعاً إلى الصفة ، فلا يخلو إما أن ينتقص المبيع بأفة ، أو بجناية جانٍ : فإن انتقص بأفة سماوية مثل : أن سلم إليه [العبد]^(١) المبيع ، فاعوزت عينه في يده ، أو شلت [يده]^(٢) . فنقول للبائع : المبيع كما ترى ، فإن رضيت به معيباً ، فارجع فيه ، ولا حظاً لك في غيره . وإن أردت أن تكون أسوة^(٣) الغرماء ، فضاربهم بالثمن .

والعيب السماوي بالمبيع في يد المشتري في حق فسخ البائع بمثابة العيب الحادث في يد البائع بأفة سماوية في حق فسخ المشتري . وقد ذكرنا في أحكام العيوب أن

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : يد العبد .

(٣) الأسوة : المثل (معجم) والمعنى أن تكون واحداً من الغرماء ، وتضارب معهم .

المشتري يتخير : إن شاء فسخ البيع بالعيب الحادث في يد البائع ، وإن شاء أجازته بتمام الثمن .

هذا سبيل البائع مع المشتري فيما نحن فيه .

٣٨١٧- ولو حدث النقصُ بجناية ، لم يخل إما أن يكون الجاني أجنبياً ، وإما أن يجني المشتري : فإن كان أجنبياً ، فلا شك أنه يلتزم الأرش للمشتري . ثم الأصح أنه يلتزمه باعتبار النسبة إلى الجملة ، فجراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديتة ، فإن كان قطع يداً ، أو عوّر عيناً ، فنصف القيمة واجبٌ على الجاني .

وإذا آل الأمر إلى البائع^(١) ، قلنا له^(٢) : أرش [العيب]^(٣) على الجملة محطوط عنك ؛ فإننا وجدنا للضمان فيه متعلقاً . فإذا لم يتعطل ذلك العيب في نفسه ، لم يطوق البائع أمره مجّاناً ، ولكن المعتبر في حق البائع نقصان القيمة ، لا التقدير الشرعي المتعلق بنسبة الأعضاء إلى جملتها . وبيان ذلك أن الجاني التزم للمشتري بقطع يده نصف القيمة ، وكان انتقص^(٤) ثلث القيمة بالسوق ، فيعتبر في حق البائع نقصان السوق ، فنقول : كأنك ظفرت بثلاثي المبيع ، فارجع فيما وجدت ، وضارب الغرماء بثلاث الثمن ، ويصير نقصان الصفة في هذه القسمة بمثابة نقصان الجزء .

فإن قيل : هلا اعتبرتم تقدير الشرع في حق البائع ؟ قلنا : الأطراف تتقدر في الجناية ، فأما المعاوضات ، فالأعواض تنقسط على المعوّضات باعتبار القيم ، وأرش الجناية تقدير الشرع .

ولو التزمنا هذا ، فربما يلقانا محالاً لا سبيل إلى التزامه ؛ فإن الجاني لو قطع يدي عبدٍ معاً ، فعليه كمالُ قيمته ، فإذا أفلس مشتري ذلك العبد بالثمن ، لم يمكننا أن نقول : ليس العبد الأقطع موجوداً ، ويستحيل أن ثبت حق الرجوع فيه ، ثم نُثبت المطالبة بجملة الثمن ، نظراً إلى ما وجب على الجاني .

(١) آل استحقاق الأرش إلى البائع .

(٢) قلنا له : أي للمشتري .

(٣) في الأصل : العين .

(٤) (ت ٢) : النقص .

هَذَا إِذَا كَانَ الْجَانِي هُوَ الْأَجْنَبِي .

٣٨١٨- فَأَمَّا إِذَا جَنَى الْمُشْتَرِي عَلَى الْعَبْد ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمُشْتَرِي كَالْأَجْنَبِي فِي حُكْمِ الْجَنَايَةِ ، وَتَفَاصِيلُ الرَّجُوعِ . وَقَدْ مَضَى ذَلِكَ مَبِيناً الْآنَ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : حُكْمُ جَنَايَةِ الْمُشْتَرِي حُكْمُ جَنَايَةِ الْبَائِعِ عَلَى الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، حَتَّى نَقُولَ فِي قَوْلٍ : إِنَّهَا كَجَنَايَةِ أَجْنَبِي ، وَقَدْ مَضَى . وَفِي قَوْلٍ نَجْعَلُ أَثَرَ جَنَايَتِهِ كَأَقْفَى سَمَاوِيَةٍ .

وَالْجُمْلَةُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْمُشْتَرِي وَالْمَبِيعُ فِي يَدِهِ كَالْبَائِعِ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ . فَهَذَا مَجَامِعُ الْقَوْلِ فِي التَّغَايِيرِ الَّتِي تَلْحَقُ الْمَبِيعَ حُكْماً وَحَقِيقَةً .

٣٨١٩- **فَبَزَعٌ** : إِذَا اشْتَرَى حَنْطَةً / فَبَثَهَا بَذْراً ، فَبَثَ الزَّرْعَ وَأَحْصَدَ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ٢١٦ شِ الْمَشْتَرِي ، فَالْحَنْطَةُ الْحَاصِلَةُ مِنْ زَرْعِ ذَلِكَ الْبَذْرِ [لِمَنْ] ^(١) ؟ اِخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا : فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : نَجْعَلُهَا مَبِيعَةً ، وَنَقْدَرُ كَثْرَتَهَا زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كَالْعَبْدِ يَشْتَرِيهِ طِفْلاً ، ثُمَّ يَشْبُ وَيَتَرَعَّرُ ، وَالْفَسِيلَ يَشْتَرِيهِ وَيَغْرِسُهُ ، ثُمَّ يَصِيرُ أَشْجَاراً ، فَيُثَبِّتُ لِلْبَائِعِ الرَّجُوعَ إِذَا ، وَلَا حُكْمَ لِنَتْلِكَ الْكَثْرَةِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ لَا يَجْعَلُ الْحَبَّ الْحَاصِلَ مِنَ الزَّرْعِ بِمَثَابَةِ مَبِيعِ زَائِدٍ ، وَلَكِنَّا نَجْعَلُهَا أَعْيَانًا مُسْتَفَادَةً فِي ذَوَاتِهَا ، وَلَيْسَ لِلْمَشْتَرِي إِلَّا الْمُضَارَبَةُ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْبَذْرَ يَعْفَنُ ^(٢) تَحْتَ التَّرَابِ ، ثُمَّ يَنْشَأُ الزَّرْعُ مِنْهُ بَعْدَ مَصِيرِهِ إِلَى حَالَةِ الْعَفْنِ . وَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَا يُعَدُّ فِيهَا مَالاً . ثُمَّ الزَّرْعُ نَشْءٌ جَدِيدٌ .

وَمِنْ هَذَا مَا لَوْ اشْتَرَى بَيْضَةً ، وَأَحْضَنَهَا دِجَاجَةً ، فَتَفَقَّاتَ عَنْ فَرْخٍ : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ جَعَلَ الْفَرْخَ مَبِيعاً ، وَقَدَّرَ مَا لَحِقَهُ مِنْ تَغَايِيرِ الْخَلْقَةِ بِمَثَابَةِ الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَقْدِرْهُ مَبِيعاً ، وَلَمْ يُثَبِّتْ لِلْبَائِعِ حَقَّ الرَّجُوعِ .

وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ مَا لَوْ اشْتَرَى عَصِيراً ، فَانْقَلَبَ خَمْراً فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ انْقَلَبَتِ الْخَمْرُ خَلاً ، فَالْخَلُّ هَلْ يَكُونُ مَبِيعاً أَمْ لَا ؟ فِيهِ التَّرَدُّدُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَلَا خِلَافَ أَنَّ

(١) مَزِيدَةٌ مِنَ الْمُحَقِّقِ .

(٢) يَعْفَنُ مِنْ بَابِ تَعَبٍ .

الزراع مِلْك من البذر مِلْكِه ، وكذلك القول في الفرخ والخل .

وسنذكر هذه المسائل في موقعها في كتاب الغصوب ، إن شاء الله تعالى .

٣٨٢٠- وكذلك لو اشترى رجل أرضاً مزروعة وكان الزرع بقلًا ، لم يُسَنَّبِل بعدُ ، فإذا ظهرت السنابل ، ثم أفركت ، وديست ، فهل نجعل الحب مبيعاً ؟ ذكر العراقيون وجهين وبَنَوهُما على المسائل التي تقدمت ، ورأوا جعلَ الحب مبيعاً - وقد كان المشتري زرعاً - أولى ؛ من جهة أن الزرع يشمل الأخضرَ والمسنبل ، فالسنبلَة تعد من الزرع ، فهي بالاندراج تحت ما كان مبيعاً أولى من الفرخ ، بالإضافة إلى البيض ؛ فإنهما متباينان صفةً واسماً .

٣٨٢١- وحاصل القول في ذلك أن التغيرات التي لا تنتهي إلى قلب الجنس ، وتغيير الاسم لا حكم لها ، ويبقى ما كان مبيعاً على حكمه ، حتى يثبت للبائع الرجوع . ثم إن كان التغيير إلى زيادة متصلة ، فهي للبائع إذا أراد الرجوع .

وما تغير إلى نقصانٍ فلا حكم له عند قصد الرجوع ، والبائع على خيرته إن شاء ضارب بالثمن ، وإن شاء قنع بالمبيع الناقص .

وكل تغيير ينتهي إلى قلب الجنس والاسم ، ولكن المتغير مترتب على ما كان مبيعاً ، كالزراع والبذر ، والفرخ والبيض ، ففيه الخلاف . وما يغير الجنس ويبقى اشتغال الاسم معه ، ففيه خلافٌ قريب .

٣٨٢٢- وزوائد الأصول إذا انفصلت ، وإن حصلت من أصولها ، فهي منقطعة عنها ؛ فإن الأصول قائمة على صفاتها ، وقد تجدد منها ما تجدد . وليس كالْبذر ينقلب زرعاً ؛ فإنه في نفسه ما بقي على ما كان عليه . نعم ، الملك ينتظم الأصل والزيادة ؛ فإننا لا نجد للزيادة مصرفاً أولى من مالك الأصل . فإن قدرناها جزءاً من الأصل ، فلا كلام ، وإن لم نفصل^(١) ، وهو الرأي ، فالوجه أن نجعلها كصيود تتعقل^(٢) بشبكات متهيئة لها . وما ذكرته أصدق شاهد في أن الزوائد المنفصلة ليست من عين الأصول ؛

(١) كذا في النسختين . ولعلها : وإن لم (نفعل) .

(٢) (ت ٢) تتعلق . وفي هامشها : « تتعلق » وإشارة أنها من نسخة أخرى .

إذ لو كانت من أعيانها ، لكانت كالحب الكثير ينبتها البذر اليسير ، وكان يدرج في قياس المسائل التي نظمناها .

فَصْلٌ

قال : « ولو باع نخلاً فيه ثمر أو طلعٌ قد أُبّر ، فاستثنّاها المشتري . . . إلى آخره »^(١) .

٣٨٢٣- قوله فاستثنّاها المشتري لنفسه/ معناه فاشتراطها لنفسه ، وهذا اللفظ يطلق ٢١٧ ي في غالب الأمر في استثناء شيء من جملة ، فاستعملها للمشتري^(٢) في معنى الاشتراط .
والمسألة مصورة فيه ، إذا باع نخيلاً ، عليها ثمار ظاهرة مؤبرة ، وأدخل الثمار في البيع ، ثم قبض المشتري الشجر والثمر ، واستهلك الثمرة ، وأفلس بالثمن كله ، فالبايع يرجع في الشجر ، ولا يكتفي بها ؛ فإنها بعضُ المبيع ، بل يضارب بقسطٍ من الثمن يقابل الثمرة الفائتة .
هذا الأصل ثابت لا شك فيه .

ولكن لا يمكن الوصول إلى ما يرجع به من الثمن^(٣) إلا بمعرفة قيمة الثمار ، وقيمة الأشجار ، ثم إذا بانت القيمتان ، قدّر^(٤) توزيع الثمن على المبلّغين ، فما يقابل الثمر ، ضارب به ، وما يقابل الشجر ، يكتفي فيه بالشجر ، إن أراد الرجوع فيها ؛ فيأخذ الشجر بقسطها ، ويضارب الغرماء بقسط الثمرة من الثمن .

٣٨٢٤- والكلام وراء هذا في أن قيمة الثمرة متى تعتبر ، وكذا قيمة الشجر ، ولا يلقي الناظر في الكتاب أمراً أولى بإنعام النظر فيه من هذا ، فهو عمدة الكتاب وسرّ الباب .

(١) ر . المختصر : (٢ / ٢٢٠) .

(٢) (ت ٢) : للشافعي .

(٣) (ت ٢) : الثمر .

(٤) يقال : قدّر الشيء بالشيء : قاسه به وجعله على مقداره (المعجم) فالمعنى : قاس توزيع الثمن على الثمر والشجر ، وأبان مبلغ كل واحدٍ منهما .

٣٨٢٥- قال الشافعي فيما نقله المزني : تعتبر قيمة الثمرة بيوم القبض ، لا بيوم العقد ، ولا بيوم الجائحة^(١) . هذا ما نقله . ونحن نستوعب ما يتعلق بالثمرة ، ثم نذكر ما يتعلق بالشجر .

أما القول في الثمرة ، فقد ذهب المحققون إلى مخالفة النص المنقول ، وقالوا : نعتبر أقلّ القيمتين من يوم العقد والقبض . فإن كانت قيمته يوم العقد أكثر ، وقيمته يوم القبض أقلّ ، فالمشتري يقول : لا تحتسب عليّ زيادة كانت في يد البائع ، وإنما دخلت الثمرة في ضمانني يوم قبضتها . فليس للبائع أن يعتبر زيادة قبل ضمان المشتري . وإن كانت قيمته يوم العقد أقلّ ، وقيمته يوم القبض أكثر ، فالمشتري يقول : ما كان من زيادة بعد العقد ، فهي لي وحدثت على ملكي ، فليس للبائع أن يعتبرها في تقويم الثمن عليّ . ولا شك أن قيمة الثمرة إذا كثرت ، كثر ما يرجع به من الثمن ، فإذا للمشتري أن يقول : لا تحتسب عليّ زيادة ، إن حسبتها ، زاد مقدار ما ترجع به ، والزيادة تثبت ملكاً لي .

٣٨٢٦- فإن قيل : الزيادة المتصلة ينبغي ألا تفرد بالاعتبار ؛ فإنها كانت تكون للبائع لو بقيت الثمار ، فالرجوع بحصتها من الثمن يجب أن^(٢) يكون باعتبار زيادتها معها . قلنا : هذا غير سديد ؛ فإننا لا ننكر أن الزيادة المتصلة حصلت للمشتري في ملكه ، ولكن إذا كانت العين قائمة ، ومست الحاجة إلى ردّها ، تبعت الزيادة الأصل ضرورة ، [وإذا فاتت العين بعدما طرأت عليها زيادة متصلة في ملك المشتري ، فأى ضرورة]^(٣) تحوج إلى عدّ^(٤) تلك الزيادة الحادثة في ملك المشتري في حق البائع ، حتى

(١) هذا معنى كلام الشافعي ، وليس لفظه ، بل ليس في كلام الشافعي ذكر للعقد ، قال : « لو أكل الثمر ، أو أصابته جائحة ، ثم أفلس أو مات ، فإنه يأخذ عين ماله - أي الشجر - ويكون أسوة الغرماء في حصة الثمر يوم قبضه ، لا يوم أكله ، ولا يوم أصابته الجائحة » . (المختصر : ٢٢٠ / ٢) .

(٢) (ت ٢) : ألا يكون .

(٣) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٤) (ت ٢) : « ردّ » .

تكثر في التقويم ، ليكثر ما يرجع به .

فيلتأمل الفطن أول هذا الكلام ؛ فإنه منشأ غائلة الفصل ، فقد حصل من وفاق المحققين أنا نعتبر أقل القيمتين للثمرة في يومي العقد والقبض .

٣٨٢٧- وحكى صاحب التقريب قولاً مرسلًا من بعض الأصحاب : أن الاعتبار بقيمة يوم القبض ، ويزعم هذا القائل : أن القول مأخوذ من النص الذي نقله المزنبي . فإن كانت قيمة يوم القبض أقل ، فلا شك في اعتبارها ، وإن كانت أكثر ، فكأن هذا القائل يعتبر تلك القيمة ؛ مصيراً منه إلى تقويم الزيادة المتصلة للبائع ، بناء على أنها لو كانت باقية ، لكان البائع يأخذها بزيادتها .

وهذا وهمٌ عظيم ؛ من جهة أن البائع ليس يرجع عند تلفها إلى قيمتها ، وإنما يرجع إلى قسطٍ من الثمن باعتبار^(١) قيمتها ، والقسط من الثمن إذا أُثبت ، فهو في مأخذ الأحكام على مضادة الرجوع في/ العين ، فنعتبر والحالة هذه بقسطٍ لا يحسب فيه حق^{٢١٧}ش المشتري عليه [البائع]^(٢) .

هذا أقصى الإمكان في التعبير عن هذا الغرض . والفطن يبتدره ، والبليد لا يزداد في هذا المقام بزيادة البيان إلا حَبَطاً^(٣) .

ولا عود إلى ما ذكره صاحب التقريب ؛ فإنه ساقط غير معتد به .

٣٨٢٨- هذا قولنا في القيمة التي نعتبرها للثمرة ، وهذه القيمة لا تستقل بإفادة غرضها دون الإحاطة بقيمة الشجر ، وقد اضطرب المحصلون في قيمة الشجر ، ونحن نأتي بما قالوه ، ونضبط حاصل الفصل عند نجاهه بما يُبين مسلك كل فريق .

(١) قال الرافعي : « وسبيل التوزيع ، أن تُقَوَّم الأشجار ، وعليها الثمار ، فيقال : قيمتها مائة . وتُقَوَّم وحدها ، فيقال : قيمتها تسعون ، فيضارب بعشر الثمن » (الشرح الكبير بهامش المجموع : ٣٥٨/١٠) ومعنى ذلك ، كما هو واضح ، أن يرجع البائع بالأشجار ، فهي ما زالت قائمة ، ثم يضارب بعشر الثمن في مقابلة الثمار التي تلفت ، سواء كان عشر الثمن أقل ، أو أكثر من قيمتها . وانظر أيضاً : روضة الطالبين : (١٦٥/٤ ، ١٦٦) .

(٢) في الأصل بهذا الرسم : « المانع » بدون نقط .

(٣) حبطاً : فساداً ، وقد تكون خبطاً (بالخاء) أي عماية .

٣٨٢٩- قال بعض الأثبات من أصحاب الففال : نعتبر في الشجر أكثرَ قيمةٍ ، من يومي العقد والقبض . وهذا وإن كان في الظاهر يخالف ما ذكرناه في قيمة الثمرة ، فهو موافق له في المقصود ؛ فإن قيمة الشجر إذا كثرت ، قلَّ ما يرجع به البائع من الثمر . وقيمة الثمر إذا قلت ، قلَّ ما يرجع به البائع من الثمر ، فإن الشجرة يأخذها البائع بقسطه ، فإذا كثرت ، قل ما يبقى . وهذا الذي ذكرناه ضبط من طريق اللفظ ، والتحقيق وراءه .

٣٨٣٠- وذهب القاضي إلى مسلك آخر ، فقال : إن كانت قيمة الشجر يوم العقد أقلَّ ، وكانت يوم القبض أكثر ، فالاعتبار بقيمة يوم العقد . واحتج عليه بأن قال : إذا كان البائع يأخذ الشجر ، فالزيادة المتصلة مأخوذة له ، فلا تحسب عليه ، وكأننا نبيين بالآخرة أنها زادت له ، فليقع الاختصار على قيمة العقد . وليس ما نحن فيه بمثابة الثمرة ؛ فإن الثمرة فائتة ، فليست زيادتها منقلبة إلى البائع ، وليست مضمونة له ضمان قيمة . وقد حدثت للمشتري وهلك له ، فلا تدخل في حساب التوزيع . فأما زيادة الشجرة ؛ فإنها منقلبة إلى البائع ، فلا تحسب عليه في حساب التوزيع .

وللقائل الأول أن يقول : حدوث هذه الزيادة على ملك المشتري لا شك فيه ، فإن كنا نردها على البائع ، وما حدثت في ملكه ، فالذي يقتضيه الإنصاف أن نقول : قدَّر هذه الزيادة أنها للبائع ؛ كأنها كانت حالة العقد ، وإذا قرن بها لأنها متصلة بالمبيع ، فاعتبرها في قيمة المبيع ، وليس من الإنصاف أن تفوز بها ، وما حدثت في ملكك ، ولا تحسبها من المبيع .

هذا بيان المسلكين وهما متجهان .

٣٨٣١- وكأنَّ الكلام في الزيادة المتصلة في غرضنا يتعلق بثلاث مراتب : إحداها - أن البائع إذا كان يرجع في المبيع الزائد زيادة متصلة ، ولا حاجة إلى تقدير توزيع ، فإن المبيع بجملته باقي ، فإذا كان كذلك ، فلا نظر إلى الزيادة وهي تنقلب إلى البائع تبعاً للأصل .

[المرتبة الثانية]^(١) - إن زاد شيء من المبيع وتلف ، واحتجنا إلى تقويم ذلك التالف

المرجوع بقسط من الثمن يقابله ، فلا تعتبر الزيادة المتصلة بالحادثة في ملك المشتري بعد العقد ؛ فإن تلك الزيادة ليست ترتد إلى البائع ولا قيمتها ، فأخرجنا اعتبارها من البين ، حتى كأنها زيادة متصلة غير معتد بها .

المرتبة الثالثة - في زيادة ترتد مع أصلها إلى البائع ، ولكن تخلف الحكم في شيء لا يرجع إلى البائع باختلافها ، فهل نعتبر تلك الزيادة بمقدار من الثمن يتعلق بغير العين التي رجع فيها أم لا نعتبرها ، كزيادة الأشجار المنقلبة/ إلى البائع ؟ إن اعتبرناها ، قل ٢١٨ ي قسط الثمار ، وإن لم نعتبرها ، كثر قسطها . لهذا موضع تردد المحققين على ما حكيناه عن القاضي وغيره .

وإذا تمهد أصل الفصل ، نهذه الآن بالصور ، ثم نعطف على الأصل ، ونرم^(١) ما نراه على إشكال في أطراف المسألة .

٣٨٣٢- فنصور كأن قيمة الشجرة كانت مائة ، وقيمة الثمرة كانت خمسين ، فإذا لم تفرض زيادة ولا نقصان في الشجر والثمر ، وقد فاتت الثمر ، فيرجع البائع في الشجر ويأخذها بثلي الثمن ، ويضارب بثلث الثمن في مقابلة الثمر .

ولو لم تختلف قيمة الشجر ، واختلفت قيمة الثمر ، فكانت يوم العقد تساوي خمسين ، وصارت تساوي يوم القبض خمساً وعشرين ، فالاعتبار بقيمة يوم القبض ؛ فإنها أقل ، وقيمة الشجر لم تختلف ، فيأخذ البائع الشجر على نسبة الأخماس بأربعة أخماس ، ويضارب الغرماء بخمس الثمن في مقابلة الثمر .

ولو كانت قيمة الثمر يوم العقد خمسين ، فصارت يوم القبض تساوي مائة ، فلا اعتبار بالزيادة ؛ والتوزيع على نسبة الثلث والثلثين ، كما تقدم لهذا في تغير الثمر وبقاء الشجر .

٣٨٣٣- فأما إذا تغيرت قيمة الشجر^(٢) ، فنصور الشجر حالة العقد بحيث تساوي^(٣)

(١) نرم : نصلح (معجم) .

(٢) كذا يعبر عن الشجرة بـ (الشجر) مع أن التصوير للمسألة والسياق يؤكد أن الكلام في (الشجرة) واحدة (الشجر) .

(٣) أي : القيمة .

مائة، وكانت حالة القبض تساوي مائة وخمسين ، وقيمة الثمرة كانت خمسين ، وبقيت كذلك . أما من اعتبر في الشجر أكثر قيمة ، فيحسب زيادة القيمة على البائع إذا رجع ، ويقول : الشجر مائة وخمسون والثمر خمسون ، فيرجع البائع في الشجر بثلاثة أرباع الثمن ، ويضارب الغرماء بربع الثمن في مقابلة الثمر .

والقاضي يقول : تلك الزيادة يفوز بها البائع غير محسوبة عليه ؛ فإنها زيادة متصلة فيأخذ [الشجر]^(١) إذا بثلي الثمن ، ويضارب بثلث الثمن .

ولو كانت الشجر تساوي مائة ، فصارت يوم القبض تساوي مائتين . أما الأول ، يقول : يأخذ البائع الشجر بأربعة أخماس الثمن ويضارب في مقابلة الثمر بخمس الثمن . والقاضي لا يحسب الزيادة على البائع ويقول : الحساب من المائة التي كانت قيمة الشجر .

هذا بيان المذهب بالصور . ثم نعطف الآن على أمور قد تزل عن فهم الناظر فنقول :

٣٨٣٤- القاضي لم يحسب الزيادة في الشجر على البائع ، ولكنه قال : لو كانت الشجر تساوي مائة حالة العقد ، ثم نقصت ، فصارت تساوي خمسين ، فالنقصان محسوب على البائع ؛ فإنه حدث من ضمانه .

فإذا كانت الشجر تساوي يوم العقد مائة ، فصارت تساوي يوم القبض خمسين ، فيأخذها البائع بحساب المائة وهي الثلثان ، ويضارب بالثلث . أما القاضي فيقول : النقصان محسوب على البائع .

وأما من اعتبر الأكثر من قيمة الشجر ، فأكثر القيمتين المائة ، فيتفق المسلكان لا محالة ، وإنما يختلفان في العلة .

٣٨٣٥- ومما يتعلق بأطراف المسألة ، أننا قلنا في الثمرة : يعتبر فيها أقل قيمتي العقد والقبض ، ولم نتعرض لما بينهما .

وهذا مما يخطر للفقهاء ، فنفضله ، ونقول :

(١) في الأصل : الحوادث .

إذا كان قيمة الثمرة خمسين يوم العقد ، فرجعت إلى خمسٍ وعشرين في يد البائع ، ثم عادت إلى خمسين ، فما حكم ذلك النقصان إذا تخلل وزال ؟ قلنا :

٣٨٣٦- نجدد العهد بأصل قدمناه في أحكام العيوب من باب الخراج بالضمان .

وذلك أن من اشترى عبداً وقبضه ، وعاب في يده عيباً حادثاً ، واطلع على / عيب قديم ٢١٨ش به ، فالعيب الحادث يمنع الرد بالعيب القديم ، فلو زال ذلك العيب الحادث ، فهل يتمكن المشتري من الرد بالعيب القديم ؟ فيه تردد للأصحاب معروف .

ولو عاب المبيع في يد البائع ، فيثبت للمشتري حق الرد به ، فلو زال ذلك العيب ، وعاد المبيع كما كان ، فظاهر المذهب أنه يزول حق رد المشتري ، وفيه خلافٌ أيضاً .

فإذا تجدد العهد بما ذكرناه ، فنقول :

٣٨٣٧- لو عاب المبيع قبل القبض ، وصار ناقص القيمة بسبب العيب ، ثم طرأت

زيادة خلقية ، ردت قيمة المبيع إلى ما كان ، وذلك [العيب^(١)] باقٍ يثبت^(٢) حق الرد للمشتري .

وكذلك لو نقصت القيمة بالعيب ، ثم صار المبيع يشتري بالقيمة التامة لارتفاع سعر

السوق ، فهذه الزيادة لا حكم لها ، والرد ثابت .

فإذا ثبتت هذه المقدمات ، عدنا إلى غرضنا ، فنقول :

٣٨٣٨- إذا طرأ نقصان على المبيع بالسوق ، ثم زاد ، وعاد إلى ما كان عليه ، فلا

حكم لذلك النقصان المتخلل ، فإننا مع تشديد الشرع على الغاصب ، لا نؤاخذه بما يطرأ من نقصان السوق ، فما الظن بالبائع . وإن طرأ على الشجر في مسألتنا نقصان من جهة الآفة ، ونقصت القيمة بها ، ثم ارتفع السوق ، وعادت القيمة بسبب السعر إلى ما كان ، فالذي أراه في هذه الصورة اعتبار قيمة يوم العيب . وإن كان ذلك اليوم بعد العقد وقبل القبض ، فإن النقصان قد تحقق من ضمان البائع ، وما كان من ارتفاع بعد هذا ، فهو في حق المشتري وملكه ، فلا ينجر به ما وقع من النقصان .

(١) في الأصل: «المبيع» والمثبت من (ت ٢) .

(٢) جواب (لو) أي: «لو عاب المبيع... يثبت حق الرد للمشتري» .

وإن نقصت الثمار بأفة وبقي النقص ، ولكن حصلت زيادة خلقية من جهة أخرى ، فالذي أراه أن تلك الزيادة لا تعتبر ؛ فإن العيب قائم ، ولا جبران على هذا الوجه .

فأما إذا طرأ النقصان بعيب ، ثم زال بزوال ذلك العيب ، فهذا يخرج على ما ذكرناه في مقدمة هذا ، والظاهر أن هذا إذا جرى في يد البائع ، فإذا زال ، سقط حكمه .

هذا منتهى النظر في هذا .

٣٨٣٩- ومما يتعلق بأطراف المسألة أن الثمرة لو نقصت في يد المشتري بعد القبض ، فكانت تساوي يوم العقد خمسين ، ويوم القبض خمسين ، فنقصت وصارت تساوي ثلاثين ، ثم فأت الثمرة ، وحل وقت التوزيع عند الإفلاس ، فنقول : ذلك النقصان محسوب على المشتري ؛ فإنه حدث في يده ؛ فحُسب عليه . وإن كنا نقول : لو بقيت معيبة ، لم يكن للبائع - إن أراد الرجوع - إلا الرضا بها على عيبها ، ولكن لا ننظر إلى هذا إذا كنا نعتبر قيمة الثمار لأجل التوزيع ؛ فإن رضا البائع بعيب الثمرة لو بقيت في حكم الضرورة ، إذا كان يرجع إلى العين ، فالنقصان في يد المشتري محسوب عليه في مقام التوزيع ، كما أن النقصان في يد البائع محسوب على البائع .

٣٨٤٠- ومن تمام البيان في هذا أن من اعتبر أكثر القيمتين في الشجرة إذا فرعنا على أصله ، وقلنا : قيمة الشجرة يوم العقد مائة ، ويوم القبض مائة وخمسون ، ويوم رجوع البائع مائتان ، فالوجه القطع باعتبار المائتين ؛ فإنه يومئذ يأخذ ، فيقع الحساب ي ٢١٩ وقت قبضه ، فإننا إذ ذاك نقول : يأخذ ما يأخذ بكم ؟ / وعلى هذا المذهب لو كان يوم القبض مائة وخمسين ، ويوم العقد مائة ، ويوم أخذ البائع مائة ، فيعتبر يوم أخذه ؛ فإن ما طرأ من زيادة ثم زال ليس هو ثابتاً يوم العقد ، حتى نقول : إنه وقت مقابلة الثمن والمثمن ، وليس وقت أخذ البائع حتى يحسب عليه ، فلا وجه إلا ما ذكرناه .

وهذا منتهى الفكر [لم] ^(١) تغادر منه للنظر مثار إشكال ، إن شاء الله تعالى .

٣٨٤١- وذكر الأصحاب صورة تداني ما مهنداه ، وهي أن الرجل إذا باع عبيدين ،

قيمة أحدهما ألفٌ ، وقيمة الثاني خمسمائة ، باعهما بألف ، فإن أقبضهما من غير تغيير ، استحق الألف ، وإن أقبض الذي قيمته خمسمائة ، فتلف الآخر في يد البائع ، استحق البائع ثلث الألف ، وسقط الثلثان ؛ لأن المبيع تلف ثلثاه . ولو انحط الذي قيمته الألف إلى خمسمائة ، ثم تلف في يد البائع ، وأقبض الذي قيمته خمسمائة ، يستحق أيضاً ثلث الألف كما بقيت لو بقيت قيمته ألفاً ؛ فإن النقصان محسوب على البائع .

ولو أنه أقبضه الذي كانت قيمته ألفاً بعد أن تراجع إلى خمسمائة ، ثم تلف الثاني في يده ، استحق نصف الثمن لأنه يوم القبض كان نصف المبيع .
وهذا بين لمن تمهد عنده ما قدمناه من الأصول .

٣٨٤٢- ثم قال الشافعي : « وكذلك الزرع خرج أو لم يخرج » .

منهم من قال : أراد به تسنبل الزرع ، أو لم يتسنبل ، وصورة المسألة أنه باع أرضاً مزروعة ، فيرجع فيها مع الزرع ، وإن كان تسنبل الزرع في ملك المشتري . وهذا يدل على أحد الوجهين المذكورين في فرع البذر والزرع ، والبيضة والفرخ .

ومن أصحابنا من قال : « قوله : خرج أو لم يخرج » معناه نبت أو لم ينبت . وصورة المسألة عند هذا القائل أنه باع أرضاً مبدورة ، فأنبت ، ثم فرضنا الرجوع بعد الفلّس . وهذا التأويل يخرج على أصليين : أحدهما - صحة بيع الأرض المبدورة ، وفيها قولان ، تقدم ذكرهما . والثاني - في البذر إذا نبت ، وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في فرع البذر والزرع ، والبيض والفرخ .

فصل في

قال : « ولو باعه حائطاً لا ثمرة فيه ، أو أرضاً لا زرع فيها . . . إلى آخره »^(١) .

٣٨٤٣- إذا باعه حائطاً لا ثمر على أشجاره ، فأثمرت في يد المشتري وأُثرت

الثمار . أو باع أرضاً لا زرع فيها ، فزرعها المشتري ، ثم أفلس ، فالبائع يرجع في الحائط والأرض ، ولا حق له في الثمر [والزرع]^(١) وعليه أن يُبقي الثمارَ إلى أوان الجِداد ، والزرعَ إلى وقت الحصاد ؛ لأن الزراعة كانت بحق ، وكذلك إمساك النخيل الذي جرى فيه بدو الثمار كان بحق ، فلزم تقرير الزرع والثمار . والغاصب إذا زرع ، قُلع زرعه لاعتدائه في ابتداء الزرع .

ثم البائع إذا ألزمناه تقرير الزرع ، والثمر ، فليس له أن يطلب أجراً . أما الأشجار فلا أجرة لها أصلاً ، وأما الأرض ، فقد صادفت الزراعة فيها ملك المشتري ، وقد دخل في العقد على أن المنفعة لا تكون مضمونة عليه ؛ فإن منافع المبيع لا تكون مضمونة بعقد البيع ، فلم تلزم الأجرة .

٣٨٤٤- ولو أكرئ أرضاً ، فزرعها المكثري ، وفُلس المكثري ، فالمكثري يرجع ش ٢١٩ فيما بقي من مدة الإجارة ، ونجعل في المنافع الباقية كالبائع يجد عين ماله ، ثم/ إذا فسخ الإجارة في بقية المدة ، فلا يقلع زرعَ المكثري المفلس ، ولكنه يغزّمه أجراً المثل للمدة التي يبقى الزرع فيها ، والفرق بين المشتري والمكثري أن المشتري لم يدخل في العقد على أن يضمن المنافع ، والمكثري دخل في العقد^(٢) على أن يضمن المنافع ، وإذا انقطعت الإجارة ، ضمن أجرة المثل لمدة الزرع . وما ذكرناه أن البائع [والمكثري]^(٣) لا يملكان القلع ، عنيّنا به أنهما لا يملكان القلع لحق فسخ العقد ، لما ذكرناه .

٣٨٤٥- ولكن وراء ذلك نظر في القلع والتبقيّة إلى الإدراك .

فإن رضي المفلس والغرماء بالتبقيّة إلى الإدراك ، بقينّا ، وإن رضوا بالقلع ، قلّعنا ، وإن قال المفلس : يبقى إلى أن يدرك ، ويحصل منه وفاء الديون ، أو مقدّارٌ صالح . وقال الغرماء : يقلع ويباع بما يشترئ ، ولا نرضى بتأخير حقوقنا ، بل نتعجل

(١) في الأصل : والأرض .

(٢) (ت ٢) : الإجارة .

(٣) في الأصل : المكثري .

من حقوقنا ما نقدر عليه ، فالغرماء يجابون إلى ما يبغون لما ذكروه .

ولو قال الغرماء : يبقى إلى أن يدرك ، فقال المفلس : بل أقلع وأتعجل إنفاق مالي في الديون ، حتى ينفك عني الحجر ، فللمفلس ذلك .

وبالجملة كل من يدعو إلى التعجيل من المفلس والغرماء ، فهو مجاب إلى ما يطلبه .

وهذا الذي ذكرناه فيه إذا كان للمقلوع قيمة ، وإن قلت . فأما إذا لم تكن له قيمة أصلاً ، فلا يجاب من يطلب القلع ؛ من جهة أن ما يبغيه يؤدي إلى إبطال المالية ، وتضييع الملك بالكلية . وقد نهينا عن إضاعة المال .

٣٨٤٦- ولو قال بعض الغرماء : نقلع ، وقال المفلس ، وباقي الغرماء : نبقى ، فلا بد من اتباع رأي من يطلب القلع . ولكن قال القاضي : إذا طلب واحد القلع ، قلعنا الجميع ؛ فإننا لا ندري كم نقلع بحصة المستدعي ، فإذا لم يمكننا أن نُقدّر شيئاً ، فلا بد من قلع الجميع .

وهذا فيه نظر عندي ؛ فإن الزرع قد يبلغ مبلغاً عظيماً ، وأعداد الغرماء قد يكون مائة فصاعداً ، فكيف يحسن أن نقلع جميع الزرع بسبب دين درهم لرجل واحد ؟ ونعطل مائة ألف لمائة نفس ؟ وليس من الرأي أن نترك^(١) أصلاً ظاهراً لا سبيل إلى تقدير مثله ، بسبب جهالة نستشعرها ، فلا وجه لإبطال حقوق كثيرة ، بسبب تعنت من ذي حق حقير .

فإن قيل : كم تقلعون لحق من يستدعي ؟ قلنا : إذا كان حقه عُشراً ، لم يخف علينا أن مقدار الخمس لا يقلع بسببه ، ونحن نستيقن استيفاء العشر إذا زدنا عليه قليلاً ، فلم نجبه إلى استيعاب الزرع بالقلع . فإن كان من^(٢) نظير ، ففي المقدار الذي يمارئ فيه . ثم يتجه احتمالاً في القلع إلى درك اليقين أو في الاكتفاء بما نخزّر ونخمن . ويجوز أن يخطر لذي نظر أننا لا نقلع ما نشك فيه مراعاة لحق الغرماء [الآخرين]^(٣) ؛ فيعود التردد

(١) في (ت ٢) : « نترك » .

(٢) (ت ٢) : ثم .

(٣) في الأصل : الآخرون .

إلى محل الإشكال ، وفيه احتمال من الجهة التي ذكرتها ، فأما استيعابُ الزرع بالقلع فلست أرى له وجهاً .

٣٨٤٧- ولو قال الغرماء : نصبر ، وقال المفلس : نعجل ونقلع ؟ قد ذكرنا أن المفلس يجاب إلى القلع ، فلو قال الغرماء : نبذل مؤنة الزرع من عند أنفسنا ، ونسقي ي ٢٢٠ ونتعهد إلى الإدراك ، ولا نقلع ، فقد/ ذكر صاحب التقريب وجهين في ذلك : أحدهما- أنه يمنع من القلع إذا كان كذلك ؛ فإنه لا غرض للمفلس . وقلعه وهو مكفيّ المؤونة تعنت .

وهذا ضعيف ؛ فإنه يقول : غرضي أن يتعجل انفكاك الحجر عني ، وليس عليّ توفير حقوق الغرماء . وهذا لا يدرؤه قيامُ الغرماء بالمؤنة .

فإن قيل : لو قال الغرماء : لا نقلع ، ونحن نفك الحجر عنك ، فهذا كلام عريّ عن التحصيل ؛ فإنه لو انفك الحجر عنه ، كان له القلع بعلة انطلاق الحجر . وإن استمر الحجر ، كان له القلع باستعجال انفكاك الحجر ، فلا حاصل إذاً لما قاله الغرماء .

٣٨٤٨- والذي نستتم به بيان الفصل أنه لو اجتمعت عليه ديون ، وكانت أصناف^(١) من الأموال ، وعلمنا أنه لا ينتجز بيعها إلا في مدة شهر مثلاً ، وكان الزرع يدرك في هذه المدة ، فالذي أراه أنه لا يقلع الزرع ، وإن استدعاه المفلس ؛ من جهة أنه لا يستفيد بقلعه انفكاك الحجر عنه ، والحجر سيمادئ إلى منتهى مدة إدراك الزرع ، ومال المحجور عليه في حكم المتعين لحقوق الغرماء ، فلا بد من رعاية غبطتهم فيه ، إذا لم يظهر خلاف جهة الغبطة غرض ظاهر للمفلس .

هذا منتهى القول في ذلك .

٣٨٤٩- ومما ذكره الأصحاب في الفصل أنا قدمنا استيفاء الزرع والثمر ، في الأرض والشجر ، وأوضحنا أن البائع والمكري لا يجابان إلى تفريغ الشجر والأرض عن الثمر والزرع ، فقد يكون البائع والمكري ذا دينين على المفلس ، ويكونان من

(١) (كان) تامة و(أصناف) فاعل .

جملة غرمائه ، ويثبت لهما طلب القلع على التفصيل المقدم في طلب الغرماء لحق استحقاق الدين ، لا لحق الفسخ الثابت لهما في البيع والإجارة .

وهذا واضح لا خفاء به .

ولو اعتنى الفقيه بحل مشكلات الفقه ، كان أولى من الاشتغال بتعقيدات في الصورة .

فصل في

قال : « وكذلك لو باع أمة ، فولدت . . . إلى آخره »^(١) .

٣٨٥٠- هذا الفصل يجمع صور الوفاق والخلاف فيما يبقى [للمفلس]^(٢) والغرماء من الحمل ، والثمر ، فنقول : الوجه تقديم الكلام في الحمل ، ثم إتباعه بالثمرة .

فمن باع جارية ، فعلمت بعد البيع بولد ، وانفصل الولد قبل رجوع البائع في الجارية ، فالولد للغرماء يتضاربون فيه ، وليس للبائع فيه نصيب ؛ فإنه لم يكن موجوداً في طرفي البيع والرجوع .

٣٨٥١- وإن باع جاريةً حبلى ، وأفلس المشتري ، ورجع البائع في الجارية قبل الولادة ، ارتد الحمل إليه في هذه الصورة وفاقاً ؛ من جهة أنه كان موجوداً في الطرفين ، وتحقيق الفقه فيه أن المشتري استحق الحمل الموجود تبعاً ، ثم لم تتغير الجارية عن صفتها ، فيرجع كما خرج .

٣٨٥٢- ولو باع جارية حاملاً ، فولدت في ملك المشتري ، ثم رجع البائع بعد انفصال الولد ، ففي المسألة قولان مشهوران : أحدهما - أنه يرجع في الولد أيضاً ؛ فإنه كان موجوداً حالة العقد ، وسبيل كل ما ملك على البائع بالبيع أن يرجع إليه بالرجوع . والقول الثاني - أنه لا يرجع الولد إليه ؛ فإنه كان صفةً حالة العقد غير موثوق بها ،

(١) ر . المختصر : (٢ / ٢٢٠) .

(٢) في الأصل : للمجلس .

ش ٢٢٠ وهو الآن عبدٌ مملوكٌ مستقلٌ بنفسه ، [فقدرناه]^(١) كأنه وجد جديداً بعد البيع / . وبني الأصحاب هذين القولين على القولين في أن الحمل هل يعرف ؟ فقالوا : إن قلنا : إنه يعرف ، فيرجع إلى البائع من حيث كان موجوداً حالة العقد . وإن قلنا : لا يعرف ، فكأنه لم يكن حالة البيع ، وإنما تجدد من بعد .

والأولى في ذلك ما ذكرته في التوجيه من كون الحمل صفةً ، وكون المنفصل عبداً مستقلاً ، ويجعل تجدد الاستقلال كتجدد الوجود . وهذا أولى في التوجيه على ضعفه من التعرض لكون الحمل مجهولاً ؛ فإننا إن شككنا في الحمل حالة اجتنانه ، فإذا انفصل لما دون ستة أشهر ، لم نشك بعد انفصاله في كونه موجوداً عند العقد .

٣٨٥٣- ولو باع جارية حائلاً ، ثم علفت بمولود بعد البيع ، وأفلس المشتري وأراد البائع الرجوع ، والجارية حامل ، فظاهر النص أن الحمل يرجع إلى البائع ، ويتبع الجارية ، كما يتبعها حالة البيع ، حتى يصير المشتري أولى بالتبع^(٢) .

وخرج الأئمة قولاً آخر : أن الحمل لا يرجع إلى البائع^(٣) في هذه الصورة ؛ فإنه إنما يرجع [إليه]^(٤) ما كان موجوداً حالة العقد ، وليس الحمل كزيادة متصلة .

٣٨٥٤- ونصُّ الشافعي دليل على أن الحمل لا ينفرد باعتبار ، وليس له قسط من الثمن ، وسيله التبعية . فإن قلنا : يرجع الحمل إلى البائع كما يقتضيه النص ، فلا كلام . وإن قلنا : يبقى للمشتري وغرمائه ، فلا ينبغي أن يمتنع رجوع البائع بالجارية بسبب حمل لا يرجع إليه ؛ فإننا وإن منعنا بيع جارية في بطنها حملٌ حرٌّ - على تفصيل قدمناه - فلا يمتنع الرجوع لمكان الحمل .

والقول في هذا وفي كيفية الرجوع في الجارية دون الحمل ، وفي معنى الرجوع فيها دون الولد المنفصل ، على قولنا بمنع التفريق بين الأم ولدها كلامٌ لا يتصور

(١) في الأصل : فيقدر تارة .

(٢) التبعية : أي الحمل .

(٣) في الأصل : المشتري .

(٤) زيادة من (ت ٢) .

الوفاء ببيانه إلا بعد تقديم فصل الغراس والبناء . وهو إذا اشترى الرجل أرضاً وغرسها ، [أو]^(١) بنى عليها ، فأفلس وأراد بائع الأرض الرجوع بالأرض . وهذا الفصل يأتي مستقصى ، إن شاء الله بعد هذا ، على القرب ، ثم نعقبه بما ذكرناه من الحمل والولد المنفصل الذي يمتنع التفريق بينه وبين الأم .
هذا منتهى مرادنا الآن في الحمل .

٣٨٥٥- فأما إذا باع شجرة وعليها طلع لم يؤبر ، فلاصحابنا في الثمار غير المؤبرة ، وفي تشبيه استنارها بالأكمة باستنار الجنين بالأم ، وتشبيه ظهورها بالتأبير بظهور الحمل بالولادة اضطراب^(٢) . ونحن نجمع جميع مرادهم تحت سياق الترتيب . وقد ذكرنا أربع صور في الحمل ، فنقابل كل صورة منها بصورة في الطلع .

٣٨٥٦- فلو باع نخلة وعليها طلع لم يؤبر ، فأفلس المشتري ، وكان رجوع البائع قبل أن يؤبر ، فهذا يناظر ما لو باع جارية حاملاً ، فأفلس المشتري وهي حامل ، وقد ذكرنا ثم أن البائع يرجع في الجارية الحامل ، فتقلب إليه ، كما خرجت عن ملكه . ونحن نقول في الثمار : إنها ترجع مع النخلة إلى البائع ، على اتفاق ، ولا حاجة إلى ترجيح محل الإجماع على محل الإجماع . وإذا/ ذكرنا الترتيب في صور الخلاف بان غرضنا .
٢٢١ ي

٣٨٥٧- ومن صور الحمل ألا يوجد في طرفي البيع والرجوع ، بل تعلق بعد البيع ، وتلد قبل الرجوع ، فلا حظ لبائع النخلة في الثمار ؛ فإنها لم تكن موجودة حالة العقد ، ثم بدت وظهرت ، وزايلت حدّ التبعية قبل الرجوع .

٣٨٥٨- ومن صور الحمل أن يكون الحمل موجوداً حالة العقد^(٣) ، ثم ينفصل قبل الرجوع ، وفيه قولان ، ونظيره من الثمار ، ما لو باع نخلة وعليها طلع لم يؤبر ، ثم يؤبر قبل الرجوع . وفي هذه الصورة قولان أيضاً ، مرتبان على القولين [في]^(٤) نظير هذه

(١) في الأصل : وبنى .

(٢) « اضطراب » مبتدأ مؤخر ، خبره المقدم : « فلاصحابنا في الثمار . . . » .

(٣) ساقط من الأصل .

(٤) في الأصل : ونظير .

الصورة من الحمل ، والثمارُ أولى بأن يرجع فيها البائع ، والسبب فيه أنها وإن تبعت الشجرة في معظم تسميتها ، فهي مقصودة في نفسها ، ويسوغ في المذهب الظاهر أفرادها بالبيع ، فكأنها جعلت مقصودةً في العقد ، فكانت بالرجوع أولى ، والحمل كأنه صفة ، والولادة كأنه التجدد والحدوث ، كما ذكرناه في توجيه القولين .

٣٨٥٩- ومن صور الحمل ألا يكون موجوداً حالة العقد ، ويحدث العلوق به بعد العقد ، ثم يتفق وقت الرجوع والحمل في البطن ، فقد ذكرنا قولين في الحمل : أظهرهما - أنه يرجع في الحمل ، والقول الثاني - أنه يبقى للمشتري ، ونظير هذا من الثمر ما لو باع نخلة ، لا طلع عليها ، ثم أطلعت ولم تؤبر ، وحان الرجوع ، ففي الثمار قولان مرتبان على القولين في الحمل . فإن قلنا : لا يرجع البائع في الحمل ، فلأن لا يرجع في الثمرة التي لم تؤبر أولى . وإن قلنا : يرجع البائع في الحمل من حيث إنه غير مقصود ، فهل يرجع البائع في الثمر أم لا ؟ فعلى قولين . والفرق أن الثمر مقصود في نفسه ، قابل للأفراد بالبيع ، ولم يكن موجوداً حالة العقد ، فرجوعُ بشيء مقصودٍ إليه لم يكن موجوداً حالة العقد بعيداً ، بخلاف الحمل ؛ فإن كونه مقصوداً مختلفٌ فيه ، فكان رجوعه إلى البائع أقرب من الجهة التي اختلفت في كونه مقصوداً .

هذا بيان ترتيب المذهب في الثمار والحمل في الصور الأربع .

فصل في

قال : « ولو قال البائع : اخترت عين حقي قبل الإبار ، وأنكر المفلس . . . إلى آخره »^(١) .

٣٨٦٠- فرّع الشافعي رضي الله عنه هذا الفصل على القول المنصوص الظاهر ، وهو أن من باع نخلة ، فأطلعت بعد البيع ، وأفلس المشتري قبل التأبير ، وأراد الرجوع ، فله أن يرجع في الثمار مع الأشجار . ولو أبرت الثمار قبل الرجوع ، لم يرجع البائع في الثمار وفاقاً . ومضمون الفصل مُدارٌ على هاتين الصورتين .

٣٨٦١- فلو قال البائع : رجعتُ والثمار غيرُ مؤبرة ، فهي لي ، وقال المشتري : بل رجعتَ بعد التأبير ، فالثمار لي تصرف إلى غرمائي ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الأصل إبقاء ملكه في الثمار ، والأصل عدم رجوعه أيضاً .

فإن قيل : قد تقابل قولنا : الأصل عدم الرجوع و[قولنا]^(١) : الأصل عدم التأبير ، فتعارضاً ، وتقابلاً ، فليخرج ذلك على تقابل الأصلين .

قلنا : تعارض القولان كما ذكره السائل ، والأصل بقاء الملك للمشتري .

ثم إذا جعلنا القول قول المشتري ، وأراد البائع تحليفه ، فلا يتأتى منه تحليفه ما لم يدع عليه العلم بتقدم رجوعه على وقوع التأبير ، ولو كلفه أن يحلف أنه ما رجع قبل التأبير ، كان مكلفاً إياه ما لا سبيل إليه .

ولو أقر البائعُ بجهل المشتري بتاريخ الرجوع ، فيكون مسلماً له الثمرة ؛ إذ مبنى الأيمان المتعلقة بنفي فعل الغير على أن تتضمن نفي العلم بها ؛ [إذ]^(٢) ليس / في القوة ٢٢١ ش البشرية درك القطع بانتفاء ما يمكن من فعل الغير ، فإن لم يدع البائع العلم ، بقيت الثمار للمشتري وغرمائه .

فإن ادعى علم المشتري بتقدم رجوعه على التأبير ، فيحلف المشتري على ذلك ، فإن حلف بالله أنه لا يعلم أنه رجع قبل التأبير ، انفصلت الخصومة ، واستقرت الثمرة للمشتري على ذلك .

وإن حلف المشتري على البت بالله أنه لم يرجع ، فالخصومة تنفصل أيضاً بهذه اليمين ، وإن كان المشتري يُعدُّ مجازفاً ، ومحملُ يمينه البتُّ والقطعُ على أمور مظنونة .

ومعظم الناس لا يميزون بين العلم وغالب الظن ، فاليمين الباتة [تفيد]^(٣) ما يفيدهِ اليمين النافية للعلم . لهذا إن حلف .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في الأصل : وليس .

(٣) في الأصل : مفيد .

٣٨٦٢- فإن نكل المشتري ، فهاهنا وقفة ؛ فإن البائع لو رددنا عليه اليمين ، وحلف ، لغاز بالثمار .

فلو قال الغرماء : لئن قصر المشتري ونكل ، فالثمار لو ثبتت له ، لكانت مصروفة إلينا ، فلئن لم يحلف ، فنحن نحلف ، فلا تردوا اليمين على البائع ، فنقدم على ذلك أصلاً قريباً منه ونقول :

٣٨٦٣- إذا مات الرجل وعليه ديون ، فادعى ورثة المديون ديناً للميت ، وأقاموا به شاهداً ، ونكلوا عن اليمين معه ، فهل للغرماء أن يحلفوا ؟ فعلى قولين مشهورين .
ولو ادعى المفلس ديناً له على إنسان ، وأقام شاهداً واحداً ، ثم لم يحلف معه ، فقال الغرماء : نحن نحلف معه ، حتى إذا ثبت الدين صُرف إلينا ، ففي المسألة طريقتان : أحدهما - تخرج المسألة على قولين كما تقدم في ورثة المديون والغرماء ، والطريقة الأخرى - القطع بأنهم لا يحلفون ؛ فإن صاحب القصة - المتوفى في المسألة الأولى - وقد مات وأشكل أمره ، فإذا حلف الغرماء لم يظهر نقيض الصدق في أيمانهم . والمفلس صاحب القصة في مسألتنا ، فإذا امتنع عن اليمين ، تمكنت التهمة من الغرماء إذا حلفوا .
فنعود بعد ذلك إلى اختلاف البائع والمشتري في الرجوع والتأبير ، فنقول :

٣٨٦٤- إن لم يحلف المشتري ، فهل يحلف الغرماء ؟ فعلى الطريقتين المذكورين فيه إذا أقام المفلس شاهداً على دين ، ولم يحلف معه ، فأراد الغرماء أن يحلفوا ، لا فرق بين المسألتين ؛ فإن نكل المفلس فيهما جميعاً يجرّ تهمة إلى الغرماء ، على أن الغرماء ليسوا مستحلفين من جهة المدعي ، وإنما هم يقتحمون اليمين ويبغونها ، والأصل المستحلف ناكل ، وأيمانهم على صورة النيابة عن يمين المشتري ، والنيابة لا تتطرق إلى الأيمان في وضعها .

ونذكر لاستكمال هذا الفن مسألة أخرى ، ثم نرجع إلى ترتيب المسألة ، فنقول :

٣٨٦٥- لو أقر المفلس لإنسانٍ بدّين ، فقد اختلف قول الشافعي في قبول إقراره في الحال ، وسيأتي ذكر ذلك . فإن قبلنا إقراره ، فلا كلام ، وإن لم نقبل إقراره بسبب الغرماء ، فهل للمقر له أن يحلف الغرماء ؟

قال العراقيون : في المسألة طريقتان ، على العكس مما تقدم : فمن أصحابنا من قال : في المسألة قولان ؛ لأن الغرماء ليسوا أصولاً في الخصومة ، والخصومة وإن أمكنت النيابة فيها ، فلا نيابة في الأيمان ، والطريقة الأخرى - القطع بأنهم يحلفون / ؛ فإنهم ليسوا نائبين عن المفلس في أيمانهم ، والخصومة موجهة عليهم ، ولولا حقوقهم ، لنفذ إقرار^(١) المفلس ، فإذا أرادوا أن يأخذوا أموالهم ، ويحرموا المقر له ، فقد انتصبوا خصومه .
عدنا إلى ترتيب المسألة : إذا نكل المشتري عن اليمين .

٣٨٦٦- فإن قلنا : الغرماء يحلفون ، فيحلفون على نفي العلم ، كما كان المشتري يحلف لو رغب في اليمين ، وإن قلنا : إنهم لا يحلفون ، فترد اليمين على البائع . وكذلك إن قلنا : إنهم يحلفون ، ونكلوا ، فإن نكل البائع عن يمين الرد جعل نكوله كحلف المشتري ، وبقيت الثمار للمشتري يتضارب فيها غرماؤه .

وإن حلف المشتري فقد قال الأصحاب : هذا يخرج الآن على الاختلاف في أن يمين الرد تنزل منزلة البينة المقامة للخصومة ؟ أم تنزل منزلة إقرار المدعى عليه ؟ وفيه اختلاف معروف .

وهذا أوان تقريره .

فنذكر ما سرده الأصحاب على وجهه . قالوا :

٣٨٦٧- إن قلنا : يمين الرد كالبينة ، قضينا بالثمرة للبائع ، كما لو أقام بينة على تقدم رجوعه على التأخير ، وإن قلنا : يمين الرد كإقرار المدعى عليه ، فتخرج المسألة على قولين مبنيين على أن المفلس لو صدق البائع ، وأقر له بما يدعيه من الثمار ، فهل يُقضى له بموجب إقراره على الغرماء ؟ وفيه قولان [مرتبان]^(٢) : فإن رأينا قبول إقراره ، فلا كلام ، وينفذ القضاء بالثمرة للبائع ، وإن رأينا رد إقراره وقد نزلنا يمين البائع منزلة إقرار المشتري بحقوق الغرماء مقدمة في الحال ، فيتضاربون في الثمار تضاربهم في سائر أصناف الأموال .

(١) (ت ٢) : إقرارهم .

(٢) ساقطة من الأصل .

فإن قيل : فاليمين التي أقدم عليها البائع لاغية في عقباها ، فلم حلفتموه ؟ قلنا : ليست لاغية ؛ فإنّ تيك الثمار لو فصلت عن الديون ، بأن وجدنا في السلع التي كنا نبيعها من يشتريها بأكثر من أثمانها ، وفصلت الثمار ، وانطلق الحجر ، فهي مصروفة إلى البائع بيمينه .

٣٨٦٨- فإن قيل : نراكم تذكرون هذا الأصل تارة ، وتزيفون البناء عليه ، وأنتم الآن لم تظهروا تزيفة ، فأظهروا آراءكم^(١) فيه .

قلنا : نعم ، إنما نزيف التلقي من هذا الأصل إذا كان يفرّع المفرع عليه بما يُفضي إلى إزالة ملك الغير بعد ثبوته له ، ولا تعلق للخصومة به ، مثل أن يقرّ الراهن لأحد المتداعيين بالتقدم بالرهن والإقباض ، وينفذ الحكم بإقرار المالك الراهن ، فإذا ادعى الآخر على الراهن ، وحلفناه ، فنكل ، ورددنا اليمين على المدعي ، فمن قال من أصحابنا : إنا إذا جعلنا يمين الرد بمثابة البينة ؛ فإننا نسترد الرهن من المقر له [أولاً]^(٢) ، فهذا مزيف لا سبيل إلى اعتقاده ؛ من قبل أن الإقرار الأول قد نفذ ، فنقضه بسبب إنكار المقر ونكوله محال ؛ فإنه لو صرح بالرجوع ، لم يكن لتصريحه بالرجوع عن الإقرار حكم ، وحلف^(٣) المردود عليه قول خصمه ، والقضاء عليه بيمين خصمه - وكان معه في رتبة المدعين^(٤) - محال . هذا هو الذي يزيّف ويُطرح .

٣٨٦٩- فأما إذا توجهت الدعوى على المفلس ، فهو المخاطب بالخصومة ، ولو ثبت له ملك ، لكان له ، ثمّ صرّفه إلى ديونه ، قد يكون وقد لا يكون ، وإن اتفق ش ٢٢٢ ذلك ، فهو من مصلحته أيضاً ، ولا يمكننا أن نقول : للغرماء حق ثابت في هذا المتنازع فيه ، لم يثبت بعد ، فيجري التفريع على أن يمين الرد كالبينة ، أو كالإقرار في مثل هذه الصورة ، وذلك أنه لم يثبت بعد للغرماء حق في الثمار ، والمفلس ذو عبارة صحيحة في الخصومة ، فإذا انتظم من مخاصمته انتهاء الأمر إلى يمين الرد ، فلا يمتنع

(١) (ت ٢) : فابدوا رأيكم .

(٢) في الأصل : وإلا .

(٣) بسكون اللام وكسرها . (مصباح) .

(٤) في (ت ٢) : « المدعيّين » .

القضاء به ، ويكون ذلك منعاً للغرماء مما يروونه لأنفسهم ، ولا يكون قطعاً لحقوقهم .

٣٨٧٠- فإن قيل : إذا كنتم تردون إقرار المفلس في الحال ، فلا يمتنع عليه أن يواطىء كل من يريد الإقرار له حتى يدعي عليه ، فينكر ، وينكل ، فيرد اليمين عليه . قلنا : هذا لو لم يكن لليمين بالله تعالى موقع في النفوس ، وهي معظمة في دين الله تعالى ، فمن أنكر أثرها ، لم يبعد إنكار أثر الأيمان كلها . ومن هاهنا ينشأ التردد في أنه بينة ، أم هي نازلة منزلة إقرار الخصم .

٣٨٧١- ومما يتم به التفرع في هذا الطرف أننا إن قضينا بيمين البائع^(١) في الحال ، فلا كلام .

وإن أثبتنا القضاء بيمينه ، فحكم هذا أن يفوز الغرماء بالثمار ، ويعود حق البائع إلى مطالبة المشتري بعد انفكاك الحجر عنه .

٣٨٧٢- فلو قال البائع للغرماء : احلفوا لي بالله لا تعلمون تقدّم رجوعي على التأبير ، فهل له أن يحلفهم ؟ فعلى طريقتين ذكرناهما الآن : إحداهما - القطع بأنهم يحلفون ، لما سبق تقريره . فإن رأينا ذلك ، وحلفوا ، فذاك ، وإن نكلوا ردّت اليمين على البائع مرة أخرى في الخصومة الجديدة ، وكأن اليمين الأولى من البائع لم تكن ، ثم إذا حلف بعد نكول الغرماء ، قُضي له بالثمار ، لا محالة . فهذه صورة تنجز الكلام فيها .

٣٨٧٣- فلو صدّق المشتري البائع فيما ادعاه من استحقاق الثمرة ، وكذبه الغرماء ، فالمسألة تخرج على القولين في أن إقرار المفلس هل يقبل في الحال ؟ فإن قبلنا إقراره ، فلا كلام . وإن ردّدناه ، فالبايع المقر له هل يحلف الغرماء ؟ فعلى ما ذكرناه من اختلاف الطريقتين .

٣٨٧٤- ولو ادعى البائع ما ادعاه ، فكذبه المفلس ، وصدقه جميع الغرماء ، وانتجرت الخصومة بين البائع وبين المفلس ، فإن حلف المفلس على ما أوضحنا كيفية

(١) في (٢) : الرد .

حلفه ، فلا يقبل تصديق الغرماء للبائع في وجوب تسليم [الثمرة]^(١) إليه ، غير أنهم لو أرادوا أن يطالبوا المشتري بتسليم تلك الثمار إليهم عن جهة ديونهم ، لم يكن لهم ذلك من قبل اعترافهم بأنهم لا يستحقونها ، فتبقى الثمار في يدي المشتري ، لا تسلم إلى البائع ، ولا يتعلق بها الغرماء لإقرارهم السابق . ثم لا يملك المشتري التصرف فيها ؛ لأنه محجور عليه على حالٍ ، وقد يظهر له غرماء لسنا نعرفهم الآن .

ثم إن ضاق المال عن الديون ، فالمفلس يلتمس من الحاكم أن يصرف إليهم تلك الثمار ، فيما يصرفه إليهم . فإن قالوا : نحن نعلم أنها مغصوبة ، فلم يكلفنا أخذها ؟ قلنا : لا يقبل قولكم في حق المفلس ، والحجر مطرد عليه ، وغرضه ظاهر في حصول براءة ذمته عن ديونه ، فخذوا الثمار عن حقوقكم ، أو أبرئوه عن مقدارها من الديون ، على نظرٍ في ذلك نستقصيه .

ي ٢٢٣ فإن أخذوها ، حكمنا ببراءة المفلس عن أقدارها من الديون/ ثم كما^(٢) ثبت أيديهم على الثمار ، لزمهم الرد على البائع لاعترافهم السابق ؛ فإن إقرارهم إن كان مردوداً على المفلس وما يتعلق بأمره ، فهو مقبول عليهم . وهذا بينٌ في قواعد الشريعة .

٣٨٧٥- ولو قالوا: لا تكلفونا قبض الثمار ، ولا تصرفوا أثمانها إلينا ، ونحن نرضى برفع الحجر عنه ، فهل يجبرون على قبض ذلك ؟ فعلى قولين . وهذا هو الأصل الذي تكرر مراراً ، من قبل أن الغرماء إذا كانوا لا يدعون للمفلس مالاً ، سوى ما في يد الحاكم ، واعترفوا بأن الثمار ليست له ، فالحجر ينفك ، أو يفك ، على تفصيل يأتي لا محالة ، إن شاء الله . إلا أن يدعوا له مالاً خفياً ، وسيظهر أثر ذلك من بعد .

فكان المشتري مديون أتى بمالٍ ليصرفه إلى مستحق الدين ، فأبى عن قبوله ، وزعم أنه غصبٌ ، فقوله بأنه غصب مردود ، وهل يجبر على قبوله ؟ فعلى القولين المشهورين في أن من جاء بدين مؤجل عليه أو حالٌ ، فامتنع المستحق عن قبوله ، فهل يجبر عليه أم لا ؟

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) كما : بمعنى عندما .

هكذا حاصل الكلام في ذلك .

٣٨٧٦- ولو جاء المكاتب بالنجم ، فقال السيد : إنه مغضوب ، لم يقبل قول السيد ، وأجبر على القبول ؛ فإن للمكاتب غرضاً صحيحاً في قبول ما جاء به ، وقول السيد مردود عليه .

نظير هذا من مسألتنا ما لو امتنع الغرماء من قبول الثمار ، وأبوا أن يفكوا الحجر ، وزعموا أن له مالا سوى الثمار مغيباً ، وكانت الديون تتأدى بالثمار ، فيجبر الغرماء حينئذ على القبول ؛ لظهور غرض المفلس في استفادة انفكاك الحجر .
هكذا فيه إذا كذب المفلس البائع ، وصدقه الغرماء .

٣٨٧٧- فأما إذا كذب المفلس البائع ، كما ذكرناه ، وانقسم الغرماء ، فصَدَّق بعضهم البائع ، وكذبه آخرون ، فالأولى أن يَرْفُقَ الحاكمُ بالمصدقين ، ويصرف الثمرة إلى المكذبين ، ويصرف إلى المصدقين صنفاً آخر ؛ فإنه لو لم يفعل ذلك ، وصرف إلى المصدق شيئاً من الثمرة ، لكان ذلك خسراناً عليه^(١) ، من جهة أنه يلزمه تسليمه إلى البائع المقر له .

ثم يُيَنِّ المصدق والمكذب حكم نصفه في صورة . فنقول : الثمرة خمسمائة ، وللمفلس ألف سواها ، وله غريمان لكل واحد منهما ألف . فإذا صرفنا الخمسمائة إلى المكذب منهما ، وبقي الألف بين المصدق والمكذب ، فلو قال المصدق : ضارب في الألف بخمسمائة ؛ فإنها حقك بزعمك ، فالألف بيننا أثلاثاً أضرب فيه بسهمين ، وتضرب فيه بسهم ، فكيف السبيل ؟ اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : تقسم الألف ثلثاً وثلثين بينهما ، ويؤخذ المكذب بإقراره . وقد قال : قبضت من حقي خمسمائة . وهذا وجه ظاهر .

ومنهم من قال : يضارب المكذب المصدق في الألف الباقي على نسبة التشطير ، ويقول : ألفي باقي على زعمك ، وأنت مؤاخذ بإقرارك ، وقد فرطت وضيعت

(١) أي على المصدق .

مضطربك ؛ إذ صدقت البائع ، فيرجع من الألف خمسمائة إلى المكذب ، ويتوفر عليه حقه كمالاً .

ش ٢٢٣ ٣٨٧٨- وما ذكرناه من أمر الحاكم بتسليم الثمرة إلى المكذب كيف قولنا/ فيه ؟ أهو حتم ؟ أم للحاكم أن يقسط الثمرة على المكذب والمصدق ؟ ذكر العراقيون في ذلك وجهين : أحدهما - أنه لا يجوز للحاكم صرف الثمرة إلى المصدق إذا أمكنه صرفها إلى المكذب لما فيه من [التخسير]^(١) . والثاني - لا يجب على الحاكم رعاية هذا ، وإنما يُمضي حكمه وقضائه على قول مَنْ جعل الشرع القول قوله ، والأصح أنه يجب عليه رعاية هذا ، فإنه ناظرٌ للمسلمين ، فلا يجوز أن يسعى في إيدائهم من غير غرض .

فصل في

قال : « وإن وجد بعض ماله ، كان له بحصته . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٨٧٩- وهذا مما سبق تقريره فيما مضى ، ولكننا نعيده لغرض لنا ، فنقول إذا باع شيئين بثمان وسلمهما ، فأفلس المشتري ، وقد تلف في يده أحد الشيئين ، فقاعدة المذهب أنه يرجع بالعين الباقية ، ويأخذها بما يخصها من الثمن ، ويضارب الغرماء بما يخص العين الفاتئة من الثمن .
هذا هو الأصل .

٣٨٨٠- وذكر صاحب التقريب والعراقيون في هذه المسألة ، وفي كل مسألة تضاهيها أن من أصحابنا من خرّج هذا على أصل ذكرناه في تفريق الصفقة ، وهو أن من اشترى عبدَيْن ، فتلف أحدهما قبل القبض ، وانفسخ العقد فيه ، وأجاز^(٣) المشتري البيع في الباقي ، الخيرةُ بتمام الثمن^(٤) أو بقسطه ؟

(١) في الأصل : التنجيز .

(٢) ر . المختصر : (٢٢٠ / ٢) .

(٣) (٢) : « واختار » .

(٤) قال الإمام هناك - في باب تفريق الصفقة - : « إن القول بالإجازة بتمام الثمن لا اتجاه له ، ولولا اشتهاؤه في النقل ، لما ذكرناه »

فعلى قولين : فقال قائلون : هاهنا يخرج هذان القولان أيضاً ، ففي قول ، نقول للبائع : خذ العين القائمة^(١) بجميع الثمن ، أو دَعَّها ، وضارب بجميع الثمن .
وفي قول ، نقول : يأخذ ما وجد بحصته ويضارب الغرماء بحصته من الثمن .
والقول المذكور في أن العقد يجاز في العبد الباقي بعد تلف العبد الآخر بتمام الثمن ، في نهاية الضعف ، والمصير إلى ذلك القياس في هذا المقام خرقاً لنظم المذهب بالكلية .

٣٨٨١- وطرده هذا القائل هذا المسلك في الشفعة ، فقال : من باع شيئاً قيمته مائة ، وشقصا قيمته عشرة ، بمائة وعشرة ، فجاء الشفيع يطلب الشقص ؛ فنقول في قول : خذ الشقص بجميع الثمن ، أو دع الشفعة ، وفي قول نقول : خذ الشقص بنسبته .
وهذا الآن عندي قريب من خرق الإجماع ، فالوجه القطع بأن البائع يرجع فيما بقي ويأخذه بقسطه ، ويضارب بقسط من الثمن .

فإن قيل : كيف نعتبر قيمة الفائت^(٢) والباقي ؟ قلنا : نحن على قرب عهدٍ بهذا ، فالفائت بمنزلة الثمار في المسألة العويصة في صدر الكتاب إذا^(٣) صورنا فواتها ، والعبد الباقي بمثابة الشجرة الباقية . وقد ذكرنا تفصيل المسألة على أحسن مساق .

فصل في

قال : « ولو كانت داراً ، فبنيت ، أو أرضاً ، فغرست . . . إلى آخره »^(٤) .
هذا من فصول الكتاب ، فليخصَّصه الناظر بتبُّت في الفكر .

٣٨٨٢- إذا باع الرجل أرضاً من إنسان ، وسلَّمها ، فغرسها المشتري ، أو بنى فيها ، ثم أفلس . وما كان أدَّى الثمن ، والأرض مبنية و^(٥) مغروسة ، فالوجه التنبيه

(١) (ت ٢) : الباقية .

(٢) (ت ٢) : التالف .

(٣) كذا في النسختين ، و(إذا) هنا بمعنى (إذا) وهو استعمال صحيح ، نبه إليه إمام النحاة ابن مالك (ر) . شواهد التوضيح والتصحيح : ٦٣ .

(٤) ر . المختصر : (٢٢٠ / ٢) .

(٥) كذا . ولعلها : أو مغروسة .

لمثار الإشكال في المسألة أولاً ، ثم نخوض فيها بعون الله وتوفيقه .

٣٨٨٣- فنقول : المشتري بغرسه وبنائه متصرف في ملك نفسه ، وليس أيضاً على رتبة مستعير ؛ فإن العارية عرضة الاسترداد ، [و^(١)] لما أفلس وقد تمهد في الشرع أن البائع يرجع إلى عين ماله ، وعين ماله عتيقة ، ولكنها مُعَيَّرَةٌ . والجمع بين تفرغ ي ٢٢٤ الأرض له وبين رعاية حق المشتري والغرماء عَسِرَ ، فكيف السبيل ؟ فنقول أولاً : / إن طمع البائع في أن يقلع البناء والغراس مجاناً وتحبَطَ^(٢) قيمة البناء والغراس ، ويرد إلى النقص والحطب^(٣) ، فهذا طمع محال ؛ فإن المشتري لم يكن غاصباً ، وإنما يُنْقَضُ على هذا الوجه بناء الغاصب وغراسه .

فلو قال البائع : لست أرجع في عين الأرض إلا على هذا الوجه ، قلنا : فلا مرجع لك إذاً ، فضارب الغرماء بالثمن ، واقنع بما يخصك .

وإن كان لا ينبغي البائع هذا المحال^(٤) ، ولكن أراد أن يرجع إلى عين حقه ، ومعلوم أن الأرض البيضاء أكثر قيمة من الأرض المبنية والمغروسة ، إذا كانت تباع دون الغراس والبناء ، فلا بد وأن يتدخله نقص .

فإذا تنبه الفقيه لهذا ، ولما ذكرناه ، فعبارات الأصحاب فيها بعض الإيهام والخبط . وأنا بعون الله تعالى آتي بمقصود الطرق على أقرب صيغة إن شاء الله تعالى .

فأقول :

٣٨٨٤- حاصل ما ذكره الأئمة في ذلك أقوالٌ : أحدها - أنا نجعل البائع واجداً عين ماله ، فليرجع فيها من غير أن يعتقد جواز القلع مجاناً ، وله أحكام^(٥) على هذا القول سأصفه في التفرع .

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) تحبط : تهلك . (من باب تعب) .

(٣) النقص والحطب : أي مخلفات الهدم ، وقلع الزرع . وفي (ت ٢) : النقص والحبط .

(٤) المحال : أي الرجوع في الأرض ، وإتلاف البناء والغراس ، على صاحبها .

(٥) (ت ٢) : احتكام .

والقول الثاني - أنا نجعل بائع الأرض فاقدًا عين ماله . فإن قيل : لم ذلك ؟ وهو يقول : أنا أفنع بالأرض ناقصةً ، ولا أقلع الغراس والبناء ؟ قلنا : قد جرى البناء بحق ، وقيمته على مبلغ لو كانت الأرض معه ، ولو رجع البائع بعين ماله ، لنقص البناء وإن لم يقلع ، فتضمن ذلك غصاً من قيمة البناء . وقد أنشئ^(١) بحق ، وليس كما لو كان المبيع مجرداً ، لا يؤدي الرجوع فيه إلى تنقيص حق المشتري . ويتم وجه هذا القول بأن الباني يغرم في البناء أموالاً يجبرها قيمة البناء ، فإذا قطعنا الأرض عن البناء ، تضمن ذلك تخسيراً للمشتري ظاهراً ، وهذا يضاهي الرد بالعيب القديم مع عيب حادث ؛ فإنه لو تسامح^(٢) ، كان استدراك ظلامة في ضمن إلحاق ظلامة .

هذا بيان هذا القول .

٣٨٨٥- وذكر بعض أصحابنا قولاً ثالثاً ، وهو أن البائع يرجع في عين الأرض ، ولكن لا يمكن بيعها ، فتباع الأرض مع البناء ؛ حتى لا يؤدي إلى التخسير ، ويجعل البائع الراجع شريكاً ، بمثابة صاحب الثوب غير المصبوغ إذا صبغ المشتري ثوبه ، على تفاصيل ستأتي ، إن شاء الله عز وجل ، ثم الثوب المصبوغ يباع ويوزع الثمن على قيمة الثوب والصبغ ، وهذا عدلٌ في رعاية الحقين ؛ فلا صاحب البناء يبيع بناءه وحده ، ولا صاحب الأرض ، بل تباعان .

ومن سلك المسلك المقدم ، استبعد الحجر على صاحب الأرض في بيعه أرضه ، وقال : ليس ذلك كالثوب والصبغ ؛ فإن أفراد أحدهما بالبيع غير ممكن ، فاضطررنا إلى بيع الثوب في الحقين .

٣٨٨٦- وحكى العراقيون قولاً آخر بعيداً ، وقالوا : إن كانت قيمة البناء أكثر ، فليس بائع الأرض واجداً عين ماله . وإن كانت قيمة الأرض أكثر ، فصاحب الأرض واجداً لعين ماله . ولعل هذا القائل يذهب مذهب اتباع الأقل [و]^(٣) الأكثر ، ولم

(١) في النسختين : أنشأ .

(٢) (ت ٢) : ساغ .

(٣) مزيدة من (ت ٢) .

يتعرضوا لاستواء القيمتين ، وهذا يقل قدره عن إتعاب الفكر في تفريعه .

٣٨٨٧- والآن نفرع على الأقوال ، فنقول : من قال : إنه فاقدٌ لعين ماله ، فنجعل حقه في المضاربة بالثمن ، ومن قال : إنه واجد وليس وجدانه على مذهب الشركة التي ثبتت في الثوب المصبوغ ، فظاهرُ التفریع على هذا القول أنه إذا رجع في عين الأرض ، ثبتت له سلطنة ، وهي خيرةٌ بين ثلاث خللٍ . فإن أراد بذلَ قيمة البناء ش ٢٢٤ والغراس ثابتين ، وإن أراد قلعهما ، وضمن ما ينقصه القلع / . وإن أراد بقاها وألزم من يبقى البناء له أجر المثل له^(١) في المستقبل .

والتعيين في كل خصلة من هذه الخصال إلى البائع الراجع ، وكأنا أحببنا^(٢) ردَّ الأرض عليه كما خرجت عن ملكه ، فصَدَّنا عنه امتناعُ إبطال البناء والغراس ، فأثبتنا له رتبةً سلطان المالكين ، حتى كأن البناء صدر عن إذنه ، وكأنه المعير . ومن أعار أرضاً حتى نبتت وغرست ، فمآل الأمر يؤول إلى ما ذكرناه .

٣٨٨٨- ومن تمام البيان في ذلك أن الغرماء لو امتنعوا عن قبول هذه الأشياء ، واختلفوا : فعين البائع خصلة وطلب الغرماء والمشتري خصلة ، فكيف السبيل والحال هذه ؟ اختلف أصحابنا في هذه المسألة : فمنهم من قال : إذا [استيقن]^(٣) منهم النكد^(٤) ، وظهرت المخالفة ، قُلِعَ الغراس والبناء مجاناً ، كما يفعل ذلك بين المعير والمستعير ؛ فإن المستعير إذا أبى قبول خصلة من الخصال التي ذكرناها ، قُلِعَ غراسه مجاناً . وقد نزلنا البائع على التقدير الذي ذكرناه منزلة المعير . هذا وجه .

والوجه الثاني - أنهم وإن خالفوا ولم يقبلوا ، لم يُقْلِعَ بناؤهم مجاناً ، ولكننا نقول للبائع : ماذا تريد ؟ فإن أراد القلع ، قلعنا ، ولهم ما ينقصه القلع . وإن أراد تملك البناء والغراس بالقيمة ، ملكناه تلك الأعيان ، وألزمناه قيمتها . وإن أراد أن يلزمهم الأجرة ما أبقوا البناء والشجر ، ألزمناهم ؛ فلا حاجة إلى تعطيل حقوقهم ، وقلع بنائهم

(١) عبارة (ت ٢) : من يبقى له البناء أجر المثل في المستقبل .

(٢) وكأنا أجيبين .

(٣) (ت ٢) : استقر .

(٤) النكد : العناد ، والمعاصرة . (معجم).

وغراسهم مجاناً ، ونحن نتمكن من تحصيل ما يريده البائع في^(١) الخيرات الثلاث .

نعم ، إذا عاند المستعير ، ارتفع عذر المعير ، وجاز له استرداد الأرض كما كانت من غير غرم ، وسنستقصي ذلك في كتاب العارية . والمشتري لا يعتمد بناء وغراسه إذا متعرضاً للرجوع ، ولكنه اعتمد ملكه الثابت ، فلا حاجة لتعطيل تصرفه وتخسيره ماله .

٣٨٨٩- وإن فرعنا على أن بائع الأرض يرجع فيها رجوع بائع الثوب بعد صبغه ، فمعنى ذلك أن الأرض والغراس أو البناء يباعان معاً ، ويوزع الثمن عليهما ، فما خص الأرض كما سنصف التوزيع ينفرد البائع به ، وما خص البناء ، فهو للمشتري وغرمائه . ومن امتنع من بيع ما أضفناه إليه ، أجبر على البيع ؛ فإننا لو كلفنا واحداً أن ينفرد ببيع ملكه ، لكان ذلك مضراً به مُخسراً إياه ، وسبيل الأرض والبناء في هذه القاعدة - وهي الحَمْلُ على بيعهما - كسبيل الثوب والصبغ ، على ما سنذكره .

هذا بيان هذا القول على الجملة . وتمام بيانه موقف على بيان كيفية التوزيع .

٣٨٩٠- وقد اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : تقوّم الأرض دون النخيل ، والبناء ، ثم مع النخيل ، والبناء ، فنقول : قيمتهما دونها مائة ، ومعها مائة وخمسون ، فيقسم الثمن أثلاثاً بالغاً ما بلغ ، ثلثاه لمالك الأرض . ومنهم من قال : تقوّم الأرض دون النخيل والبناء ، فإذا قيمتهما مائة ، ثم يقوّم البناء والنخيل دون الأرض ، فإذا قيمتهما مائة ، فيقسم الثمن بينهما نصفين ، وقد تقدّم نظير هذا الاختلاف في الأصول السابقة .

٣٨٩١- ولو وهب رجل أرضاً بيضاء وسلمها ، وكان يثبت له حق الرجوع في الهبة ، فلو بنى المتَّهب وغرس فيها فرَجَعَ^(٢) الواهب في الأرض بعد بناء المتَّهب وغراسه ، كرجوع البائع في كل تفصيل ، بلا فرق في الأقوال ، والتفريع عليها .

(١) (ت ٢) : والخيرات .

(٢) في (ت ٢) : «رجع» (بهذا الضبط) . وَرَجَعَ وزان (فَعَلَ) بسكون العين مصدر رجع يرجع رَجْعاً ورجوعاً . (مصباح) .

٣٨٩٢- **فَرَجٌ** : إذا باع الرجل / جاريةً ، فولدت في يد المشتري وأفلس المشتري ، وكان الولد بحيث لا يرجع فيه بائع الجارية ، ومنعنا التفريق بين الأم وولدها ، فكيف يرجع البائع ، وليس الولد له ؟

ذكر العراقيون وجهين : أحدهما - أنه يقال له : إما أن تبذل قيمة الولد فتأخذه مع الجارية ، وإما أن يباعاً معاً ، فتأخذ حصتك من الجارية ، وتدفع إلى الغرماء ما يقابل الولد .

والوجه الثاني - أنه يقال : إما أن تبذل بدل الولد ، وإما ألا نجعلك واجداً لعين مالك ، فتضارب الغرماء بضمن الجارية ، ويبطل حقك من الرجوع ، فإذا كان يرجع البائع في الجارية الحامل ، ولا يرجع في حملها على قول في صورة ، فلا وجه إلا المكث إلى انفصال الولد ، وعند ذلك يتفرع ما ذكرناه في الجارية ، وولدها من اختلاف الجوابين عن طريقة العراق^(١) ، ولا يمكننا أن نقومها حاملاً ، ونقومها حائلاً ؛ فإن الحمل غير موثوق به قبل الانفصال ، فلا ينتظم توزيع يُهتدى إليه . والأصح ، وظاهر النص أنه يرجع في الحمل كما تقدم .

فَضْلٌ

قال : « ولو كانا عبيدين بمائة . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٨٩٣- صورة المسألة باع عبيدين متفقي القيمة بمائة ، وقبض خمسين ، فتلّف أحدهما في يد المشتري وفُلس ، فقد اجتمع في المسألة تبعض في الثمن ، وتبعض في المثلث ، فإن البائع قبض نصف الثمن ، وبقي في يد المشتري عبداً ، وهو على نصف قيمة المثلث . فالذي نص عليه الشافعي أن البائع يرجع في العبد الباقي ببقية الثمن ، فجميع المقبوض من الثمن في الهالك ، والباقي في القائم ، وصار في هذا إلى أن إحالة البائع على المفلس بشيء من الثمن مع أن الباقي من المثلث وافٍ بالباقي

(١) كذا في النسختين ، والمعنى طريقة العراقيين .

(٢) ر . المختصر : (٢ / ٢٢٠) .

من الثمن لا وجه له ، وكأن هذا القائل يجعل تعلق البائع بالمبيع في الثمن بمثابة تعلق المرتهن بالرهن في مقابلة الدين .

وفي المسألة قول آخر ، خرّجه الأصحاب من أجوبة الشافعي في الصداق والزكاة . وهو أن المقبوض من الثمن يتوزع على التالف والباقي ؛ والباقي من الثمن يقابل التالف والباقي ، وهذا يتضمن أن يرجع في نصف العبد القائم الذي في يد المشتري ، ويضارب الغرماء بما يقابل نصف التالف ، فيقع الرجوع في ربع الجملة ، وهو نصف العبد القائم ، وتقع المضاربة في ربع الثمن .

وهذا القول المترجم بالشيوع اختيار المزنّي . وهو القياس . والقول الأول يُشهر بقول الحصر^(١) .

وسنذكر حقيقة الشيوع في كتاب الصداق ، إن شاء الله تعالى .

فَضْلُكَ

قال : « ولو أكره أرضاً ، ففُلس ، والزرع بقلّ في أرضه . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٨٩٤- إذا أكره أرضاً مدة ، ولم يقبض الأجرة ، وسلم الأرض ، ثم أفلس المكثري ، فالمكثري في بقية المدة بمثابة البائع الواحد لبعض المبيع بعينه ، والمنافع في المدة الماضية مستوفاة فائتة ، فلا يتوقع الرجوع فيها ، والمنفعة الباقية بمثابة بعض المبيع ؛ فللمكثري أن يفسخ الإجارة في بقية المدة ، ويرجع إلى قسط / من الأجرة ، في ٢٢٥ ش مقابلة المنافع المستوفاة .

هذا هو المنصوص عليه ، وهو الذي قطع به جماهير الأئمة .

٣٨٩٥- وحكى صاحب التقريب قولاً^(٣) غريباً أنه لا يثبت الرجوع بالمنافع ، وليست كالأعيان ؛ فإن الوجود لا يتحقق فيها ، وإنما الرجوع في الأعيان القائمة ، فلا

(١) في (ت ٢) : « يشهد لقول الحصر » .

(٢) ر . المختصر : (٢ / ٢٢١) .

(٣) (ت ٢) : وجهها .

مرجع^(١) للمكري إلا إلى المضاربة بالأجرة المسماة ، ثم تلك المنافع في بقية المدة ينبغي ألا تضيع ، ولكن تكرر الأرض في بقية المدة ، وتصرف أجزتها إلى ديون المفلس .

وهذا القول وإن كان يتجه بعض الاتجاه ، فليس معدوداً من متن المذهب .

فنعود إلى التفريع على النص ونقول :

٣٨٩٦- إذا أراد الرجوع إلى المنفعة في بقية المدة ، فالوجه تقويمها فيما يبقى من الزمان ، حتى إذا ثبت مقدار أجزتها ، قيس بمقدار أجرة المثل للمنفعة الماضية ، ثم يقع التوزيع على المبلغين ، فيأخذ المنفعة الباقية بما يساويها من الأجرة المسماة ، المنسوبة إلى أجرة المثل ، ويضارب بما يقابل أجرة المنفعة الماضية من الأجرة المسماة . ولا تعويل على زمان ؛ فإن الأوقات ليست معقوداً عليها ، وإنما المعقود عليه المنافع الواقعة فيها ، فهي لها ظروف مقدرة ، كالآصع والمكايل للمكيلات ، ومبالغ الأجر تتفاوت بكثرة الراغبين وقتهم ، فيعتبر ذلك ، لا الزمان نفسه ، وقد تقع المنافع في الزمان الماضي وفي المستقبل في مواسم الرغبات ، فالمسكن في موسم الحج قد يكثر بالمائة ، وأيام الموسم شهر أو أقل ، وذلك المسكن يكثر في طول السنة بعشرة ، فلا بد من اعتبار هذا . وسنصفه إن شاء الله تعالى .

٣٨٩٧- ولو كان أكرى [أرضاً]^(٢) وسلمها ، فزرعها المكثري ، وفلس ، واختار المكري الرجوع إلى المنفعة في بقية المدة ، فليفعل ذلك ، وليفسخ الإجارة ، ولا سبيل إلى [قلع]^(٣) الزرع ؛ فإنه زرع بحق الملك . ولا يجوز للمكري القلع بشرط ضمان النقصان ، بخلاف ما ذكرناه في الغراس والبنيان . والسبب فيه أن الغراس والبنيان لا ينتهيان إلى أمد في الزمان ، فلم يبعد التسليط فيهما على القلع بشرط الضمان ، والزرع له أمد معلوم .

(١) (٢) : فلا يرجع المكري .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) في الأصل : بيع .

وأقرب المسالك في استدارك الحقوق جُمع ببقية الزرع . ثم فائدة فسخه الإجارة أنه يرجع إلى أجرة المثل للمدة الباقية ، لا يضارب بها ، بل يُقدَّم بها ، كما نُقدِّم مَنْ تعامل بعد الإفلاس معاملة تليق باستصلاح أموال المفلس ، فيرجع بأجرة المثل فيما بقي من المدة مقدَّمًا بها ، ويضارب بأجرة مثل ما سبق من المنافع الغرماء .

٣٨٩٨- وقد كنا ذكرنا أن من باع أرضاً وسلمها ؛ فزرعها المشتري ثم أفلس ، ورجع البائع إلى عين الأرض ، فالزرع يبقى إلى الحصاد ، كما ذكرناه ، ثم لا يرجع البائع بأجرة مثل الأرض في تلك المدة ، وفرقنا بين الشراء والاكتراء ، بأن المكثري خاض في العقد على ضمان المنافع ، والمشتري لم يخض على ضمان المنفعة . هذا ما ذهب إليه جميع الأصحاب .

٣٨٩٩- وحكى صاحب التقريب قولاً مخرجاً عن ابن سريج في أن البائع إذا فسخ البيع ، ورجع في المبيع^(١) ، استحق أجرة المثل / لبقية المدة ؛ فإن الأرض انقلبت إلى ملكه ، والمنافع المحتسبة بسبب إبقاء الزرع تالفة من حقه وملكه ، فلتُضمن له .

وأقرب نظير في هذا أن المشتري لو بنى وغرس ، فأراد البائع الرجوع في المبيع أن يُبقي البناء والغراس ، ويُلزم المفلس أجرة المثل مدة بقاء البناء ، فله ذلك ، وهذا أجرة منفعة في عاقبة بيع فُسخ بالإفلاس ، فلا فرق بين منافع الأرض في مدة الزرع وبين منافعها في آماٍ من البناء ، إلا أن لإحدى المنفعتين أمداً محدداً .
وهذا منقاسٌ بالغ .

ولكن المذهب المشهور ما ذهب إليه الجمهور ، من أن منفعة الأرض في مدة الزرع في صورة البيع لا تقابل بأجرة ، وتعتقد كأنها تابعة ، ومدة مهلة في تفريغ المبيع .

٣٩٠٠- ثم ما ذكرناه من أن الزرع لا يقلع عَنِينًا به أن المكري لا يملك القلع بحق الفسخ ، فلو طلب الغرماء القلع ليتعجلوا ميسور حقوقهم ، أجبوا . ولو كان المكري

من الغرماء بسبب المنفعة المستوفاة في الزمان الماضي ، فله المطالبة بالقلع لحق تعجيل الدين ، لا لحق الفسخ . وهذا مما سبق تقريره .

ولو اتفق الغرماء على التبقية ، واحتيج إلى السقي ، والتعهد إلى الإدراك ؛ فإن تطوَّع الغرماء بهذا ، فلا كلام ، وإن أرادوا بذل المؤنة على أن يُقدِّموا بها ، ورضي المفلس ، واقتضت المصلحة ذلك ، أجبوا إلى هذا .

فلو فرضنا غريمين لا غير ، ثم قدَّما المؤنة على نسبة حقيهما ، فإن لم يَبْدُ غريمٌ غيرهما وحقوقهما تزيد على مبلغ المال ، فلا يظهر أثر تقديمنا للغريمين ما عجلناه من المؤنة ؛ فإن المال كلُّه مصروف إلى حقوقهما . وإن فرض بُدُو غريم ثالث ، فإذا ذاك يتبين أثر تقديمنا للغريمين بما عجلناه لمؤنة تبقية الزرع . وهذا واضح لا خفاء به .

فصل في

قال : « وإن باعه زيتاً فخلطه بمثله . . . إلى آخره » (١) .

٣٩٠١- إذا اشترى زيتاً وخلطه بما عنده ، لم يخل : إما أن يخلطه بجنسه ، وإما أن يخلطه بما ليس جنساً له ، فإن خلطه بجنسه : إما أن يخلطه بمثله ، أو أردأ منه ، أو أجود منه ، فإن خلطه بزيتٍ مثله ، أو أردأ منه ، فظاهر النص أن بائع الزيت واجدٌ عينَ ماله ، وسبيل رجوعه إلى عين ماله القسمةُ فإن كان الخلط بالمثل ، وكان خلطه مكيلةً بمكيلة ، فالقسمة على السوية .

وإن خلطه بأردأ منه ، فالقسمة على السوية أيضاً .

ثم إذا ردَّدنا من هذا المختلط مقدار المبيع إلى البائع ، فلا شك أن حقه ناقص ، ولكن ما لحقه من النقص ملحقٌ بغيب يفرض طريانه . وإذا عاب المبيع ، ثم أفلس المشتري وأراد البائع الرجوع إلى عين المبيع ، فيلزمه أن يقنع بالمبيع معيماً . ولا يرجع بأرش .

وهذا كلامٌ منّا مُبهمٌ في صدر الفصل ، ولا ينتجز الفصل إلا بعد انكشاف الغطاء ،
إن شاء الله تعالى .

هذا إذا كان الخلط بالمثل أو الأردأ .

٣٩٠٢- فأما إذا خلط المشتري الزيتَ بزيت - عنده - أجود^(١) ، فهل يكون البائع واجداً عين ماله ؟ تردد قولُ الشافعي فيه ، فقال في أحد القولين : إنه واجد كما إذا وقع الخلط/ بالمثل أو الأردأ ، وكما لو باع ثوباً فصبغه المشتري فبائع الثوب واجد^(٢) عين^{٢٢٦}ش ماله ، وإن اتصل به عينُ مال المشتري اتصالاً لا يقبل التمييز ، على ما سنذكر هذا على الاتصال بهذا الفصل .

وقال في القول الثاني : البائع فاقدٌ - في الحكم - عين المبيع . قال الشافعي : لأن الذائب إذا اختلط بالذائب ، انقلب . وأشار إلى أن عين المبيع لا يمتاز أصلاً ، ولا يتأتى امتيازُه حساً ودركاً . وليس كالثوب يُصبغ ، والسَّويقُ يُلتُّ بالسَّمن ؛ فإنَّ أحد الجوهريين ممتازٌ في الدرك .

ثم إن أصحابنا لما رأوا الشافعي يتعلق بانقلاب الذائب ، انعكسوا على الخلط بالمثل والأردأ ، فرأى بعضهم أن يخرج فيما مضى قولاً أن البائع فاقدٌ عين ماله ؛ فإن المبيع لا يأتي تميّزه فصلاً ، ولا دركُه على التعيين . وقد ذكرنا أن من اشترى حنطة ، فاثالث عليها حنطة أخرى للبائع قبل التسليم إلى المشتري ، فهل يُقضى بانفساخ العقد ؟ فعلى قولين . وإذا كنا نجعل الاختلاط في قولٍ بمثابة تلفِ المبيع ، فلا يبعد أن يجعل الاختلاط بالمثل في يد المشتري بمثابة التلف .

ومن أصحابنا من أجرى الخلط بالمثل والأردأ على القطع ، وخصص القولين بما إذا كان الخلط بالأجود . وهذا ظاهر النص ، ومقتضى نظم كلام الشافعي . ويبعد عن موافقة مراده أن نقول : ما فصله ، ثم قطع جوابه في بعض التفاصيل ، وردده في البعض لا فرق فيه .

وهذا إن قيل به ردُّ لكلام الشافعي ، وإبطالٌ لتقسيمه وتفصيله .

(١) في (ت) : « أجود عنده » .

(٢) في الأصل : واجداً .

٣٩٠٣- ونحن نذكر تنبيهاً على قواعد في الخلط ، فنقول :

أما فرض الاختلاط في البيع قبل القبض ، فإنه جارٍ في ملكٍ غير مُقضى إلى القرار ، وهو عرضةٌ للانقلاب إلى البائع ، فإن تردد القول ، وتمثل في انفساخ العقد عند اختلاط المبيع بمثله ، [فسببه]^(١) ما ذكرناه .

ولو كان للرجل ملكٌ مستقر في شيء دون شيء من ذوات الأمثال ، [فاختلط]^(٢) به ملكٌ لغيره مثلاً له ، وليس بينهما عقد يُفسخ ، فالوجه قسمة ذلك المختلط بينهما ، لا طريق غيره . وليس في هذه الواقعة عقد يتوقع رفعه ، بل الاختلاط في المثليات يصير بمثابة الشيوخ في الملك ، فلا فرق بين أن يرث رجلان صاعين من الحنطة في أن طريق التفاصيل القسمة ، وبين أن يختلط صاعٌ لأحدهما بصاعٍ لآخر ؛ ولهذا صحت الخلطة في المثليات عمدةً للشركة ، كما سنصف ذلك في قاعدة الكتاب ، إن شاء الله تعالى .

وإذا باع شيئاً من ذوات الأمثال ، فخلطه المشتري بجنسه ، فهذا خلط في معقودٍ عليه ، جرى بعد قرار الملك ، ولكن طريان الإفلاس يسلط البائع على الرجوع في المبيع ، فكان على مخالفة المبيع قبل القبض ، ولم يكن أيضاً كاختلاط ملك بملك من غير فرض عقد ؛ فإن البائع إنما يرجع في المبيع لمكان البيع الذي جرى . وهذا يقتضي أن يرجع فيما كان مورداً للعقد . فألحق بعض الأئمة الخلط كيف فرض بالخلط قبل القبض ، حتى يتردد القول في الخلط بالمثل والأجود والأردأ .

والوجه في المذهب ألا يُقضى بأن الخلط في عينه يؤثر ، من قبل أنه جرى في ملكٍ مستقر ، ولكن إن أمكن فرض الرجوع من غير تعذر ، لزم إثباته ، وتنزيل الأمر على التفاصيل الذي يجري بين المالكين إذا اختلطا . وإن فرض تعذر في طريق الرجوع كما/ ي ٢٢٧ سنصفه في الخلط بالأجود ، فينشأ منه تردّد في أن البائع هل يكون واجداً عين ماله ؟ وسبب التردد تعذر تصوير الرجوع إلى المقدار المبيع . وهذا إنما يتبين بالتفريع .

فهذا بيان قاعدة الفصل ، في الفرق بين الخلط بالمثل ، والأردأ ، والأجود .

(١) في الأصل : سببه .

(٢) في الأصل : فالخلط .

٣٩٠٤- عُدنا إلى التفريع على القولين في الخلط بالأجود ، فنقول :

لو كان الزيت المشتري يساوي درهماً ، وقد خلطه بمقدارٍ من الزيت الجيد مثل مقدار المبيع ، ولكن كان قيمة الجيد درهمين . فإن قلنا : لا يكون البائع واجداً عين ماله ، ضارب بالثمن ، وكان أسوة الغرماء . وإن جعلناه واجداً عين ماله ، ففي طريق إيصاله إلى حقه من عين المبيع إذا اختار فسحّ البيع قولان : أحدهما - أن الزيتين يباعان ، ويوزع الثمن بالغاً ما بلغ على الثلث والثلثين . وهذه النسبة مأخوذة من تفاوت القيمتين . هذا قول .

والقول الثاني - أن الزيت المختلط يقسم بين البائع والمشتري على نسبة القيمة ثلثاً وثلثين ، فإن كان المقدار المختلط مكيلتين ، قسمناها ثلثاً وثلثين ، فرددنا إلى البائع ثلثي مكيلة ، وبقينا على المشتري مكيلة وثلثاً ، يضطرب فيها غرماؤه .

٣٩٠٥- فإن قيل : هذا صورة الربا ؛ فإنه سلّم مكيلة ، وألزمتموه الاكتفاء بثلثي مكيلة ، قلنا : هذا القول يخرج على أصلين : أحدهما - أن القسمة إفراز حق ؛ فإننا لو قدرناها بيعاً ، فلا مجاز لهذا ؛ إذ حقيقته مقابلة مكيلة ببعضها ، ثم لا تخرج القسمة مع التفريع على أنها إفراز حق إلا على أصل آخر ، وهو أن القسمة التي تبنى على تعديل القيمة ، لا على تسوية الأجزاء ، هل يقع الإجماع عليها ؟ وهي كفرض قسمة بين عبيد ودور وغيرها . بأن تُفصل أقساماً معدلة القيم ، فتوقع العبيد مثلاً في قسم ، والثياب في آخر ، والدور في آخر ، على ما يتفق من ضم بعض الأصناف إلى البعض ، فهذا الضرب من القسمة هل يجري الإجماع فيها؟ فعلى قولين ، سنذكرهما في كتاب القسمة .

فإن رأينا الإجماع على مثل هذه القسمة ، واعتقدنا أن القسمة إفراز ، انتظم منه قسمة الزيتين على تعديل القيمة ، من غير نظر إلى الجزئية . أما الربا ، فلا يلزم القول به ، لمصيرنا إلى أن القسمة ليست بيعاً ، وأما الإجماع من غير جزئية تعويلاً على التعديل بالقيمة ؛ فإنه خارج على الأصل الآخر الذي ذكرناه .

٣٩٠٦- فإن قيل : هلا قسمتم الزيت بين البائع والمشتري نصفين ، وألحقتم ما ثبت من المزية بسبب الخلط بالأجود بالزيادات المتصلة ، ولو باع الرجل عبداً صغيراً ، فشبّ ويَفَعَ في يد المشتري ، وتضعفت قيمته ، فالبايع يرجع في عينه ؟ قلنا :

لا سبيل إلى ذلك؛ فإن عين ملك المشتري اتصل بالمبيع، فالحاقه بالزيادات المتصلة لا وجه له. وما كان المشتري معتدياً فيما فعل، فتخسيره وضم ماله إلى مال الراجع محال. فلا وجه مع القول بكون البائع واجداً عين ماله إلا ما ذكرناه من القولين في كيفية الرجوع.

والأصح أنه يباع الزيتان، ويقسط الثمن على القيمتين؛ فإن القسمة على مخالفة الجزئية تقع على صورة الربا، وإن تكلفنا له تخريجاً على الأصلين، والشرع حرم مقابلة المطعوم بمثله، وبأكثر من مثله، لا لاسم البيع، فلتحرم المقابلة على نعت ش ٢٢٧ المفاضلة كيف/ فرضت.

٣٩٠٧- وذكر صاحب التقريب تصرفاً عن ابن سريج في خلط الزيت بالأردأ، وذلك أنه قال: إذا كنا نرعى مقدار قيمتي الزيتين عند التفاضل في العين، أو عند البيع، وقد اتفق الخلط بالأجود، فيجب سلوك هذه الطريقة في الخلط بالأردأ، حتى يقال: إذا كان [قيمة]^(١) الزيت المبيع درهمين والزيت الذي خلطه المشتري به درهماً، فيتجه قولان: أحدهما - أنه يباع المختلط، ويصرف ثلثا الثمن إلى البائع. والثاني - أنه يقسم الزيتان على هذه النسبة، فيصرف ثلثاه إلى البائع، ويبقى ثلثه للمشتري؛ فإنه إذا قسمنا الزيتين نصفين، واعتقدنا الرداءة التي لحقت الزيت المبيع عيباً سماوياً، لزمنا أن نعتقد الجودة التي لحقت في الخلط بالأجود زيادة متصلة. هذا ما يقتضيه الإنصاف والنظر للجانبين.

٣٩٠٨- ومن صار إلى طريقة الجماهير، فصل بين الجانبين بأن المشتري تصرف بحق، ورجوع البائع إلى عين المبيع ليس ضربة لازب، فلا يجوز أن نعتبر جانب الراجع بجانب المشتري، بل لا يبعد أن يقال للبائع: إما أن تقنع، وإما ألا ترجع أصلاً، فأما أخذ عين من مال المشتري ليستمر للبائع رجوعه، وهو نقض لبائع لازم، فهذا لا سبيل إليه.

هذا منتهى القول في المسألة.

٣٩٠٩- وكل ما ذكرناه فيه إذا وقع الخلط بجنس المبيع، فأما إذا وقع المزج بما

(١) ساقطة من الأصل.

لا يجانس المبيع ، فلا يخلو: إما أن يختلط اختلاطاً لا يبين [معه]^(١) في الحس لمدرِك ، وإما أن يتميز المبيع في الحس للمدرِك ، وإن عسر تمييزه فعلاً . فأما إذا تحقق الاختلاط ، وعسر الميز والدرك ، مثل أن يختلط الزيت بدهن البان ، أو الشَّيرج ، فهذا اختلاط مع اختلاف الجنس وتعذر التمييز بالفعل والدرك . فقد ذهب جماهير الأصحاب إلى القطع بأن البائع فاقد لعين ماله ، بخلاف ما إذا اتحد الجنس ؛ فإن القسمة يمكن فرضها مع اتحاد الجنس ، ولا يمكن تقديرها ، والجنس مختلف .

وهذا ينقدح فيه احتمال ظاهر ، مع تحقق وجود المبيع ، وإمكان بيع المختلط ، فالوجه أن نقول : إذا جعلنا سبيل إيصال البائع إلى حقه في الخلط بالأجود بيع المختلط ، وفَضَّ الثمن ، فهذا ممكن و^(٢) الخلط بغير الجنس .

٣٩١٠- وإن قلنا الطريق في إيصال البائع إلى عين حقه القسمة ، فالقسمة عسرة مع اختلاف الجنس ، وقد ينقدح للفطن تخريجاً على قسمة التعديل ؛ فإن هذا المنهج إذا احتمل مع التفاوت في المقدار نظراً إلى التعديل ، لم يبعد ذلك مع اختلاف الجنس . وهذا لعمرى محل النظر ؛ فإن قسمة التعديل في الأجناس المختلفة إنما تجري بسبب ثبوت الشيوع في كل جنس ، فيقع التفاصل بالتعديل من جهة القيمة . ولم يكن للمشتري قبل الشراء في الزيت شَرَك^(٣) ، ولم يكن للبائع في البان شَرَك ، وهذا يعارضه زيادة المقدار ، أما تخريجه على قول البيع وفَضَّ الثمن ، فظاهراً لإدراكه .

والذي يعضد ذلك القسم الثاني ، وهو إذا خلط المبيع بجنس يخالفه ، وكان متميزاً في الدَّرك والإحساس . مثل أن يشتري صَبْغاً ويصبغ به ثوباً عنده ، أو يشتري ثوباً ويصبغه بصبغ عنده ، فقد تحقق الاشتباك بين المبيع وغيره ، وأجمع الأصحاب على أن البائع واجد عين ماله . هذا متفق عليه .

ولا فقه في إمكان الرؤية^(٤) بعدما تحقق تعذر/ التمييز بين الثوب والصبغ المعقود . ٢٢٨ ي

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) الواو هنا واو الحال .

(٣) شَرَك : نصيب .

(٤) في الأصل : إمكان الرؤية مع الرؤية .

ثم سبيل إيصال البائع إلى حقه بيع الثوب المصبوغ ، وقسمه الثمن على قيمة الثوب والصبغ ، كما سنذكره بعد هذا في مسائل الكتاب ، إن شاء الله تعالى .

ولو اشترى سويقاً ولته بسمن عنده أو على العكس ، والسمن بادٍ على السويق حساً ، فهو ملتحق بصبغ الثوب . وسيأتي إن شاء الله متصلاً بهذا .

وقد نجزت أطراف المسألة ، ولم يبق فيها للناظر مضطرب إلا فيما أضفه . فأقول :

٣٩١١- لو اشترى مائة من الزيت ، وخلطه بربع رطل عنده ، أو أقل على شرط أن يكون متمولاً ، والغرض بالتصوير أن يفرض كون الأكبر غامراً للأقل ، وكون الأقل مستهلكاً فيه حساً .

وهذا يحسن تصويره على قولنا : إن الاختلاط يلحق المبيع بالمفقود والمعدوم .

فإذا كان المبيع كما وصفناه ، كيف السبيل ؟

قلنا : إن كان ذلك المقدار النزر بحيث لا يبين له أثر من طريق القدر ، وذلك بأن يفرض وقوع مثله بين الكيلين والوزنين . فإن كان كذلك ، فالوجه عندي القطع بكون البائع واجداً عين ماله ، ولا يحبط حق المشتري مع ذلك ، فنرد عليه مقدار ما خلطه .

٣٩١٢- فإن كان هذا المقدار النزر مبيعاً ، وكان الأكثر للمشتري ، فالظاهر عندي القطع بكون البائع فاقداً ، ولا يبعد خلاف ذلك .

أما وجه الظهور ، فلأن مثل هذا المقدار لا يشيع في المقدار الكثير ، ولا يثبت على الانبساط في الجميع ، وليس كذلك إذا كان المبيع مقداراً بيّناً يظهر اختلاطه ؛ فإنه إذا رجع لابد وأن يرجع إلى شيء من عين ماله . فلا يبعد أن يقال : هو واجد ، ثم يسلم إليه مقدار المبيع من المختلط .

٣٩١٣- فإن كان الخلط بالأجود ، فعلى ما يقتضيه القولان ، والتفريع عليهما . وإن كان المقدار النزر بحيث يبين من الكيلين والوزنين ، ولكنه مغموراً بالمقدار الكبير ، فيجوز أن يخرج على التفاصيل المقدمة ، حيث لا غمر ، ويجوز أن يرتب على ما تقدم . وتجعل هذه الصورة أولى بأن يكون البائع واجداً إذا كان نصيبه كثيراً غامراً ، ويجعل أولى بالفقدان إذا كان نصيبه مغموراً .

هذا منتهى الفصل ، والله أعلم .

فَصْلٌ

قال : « وإن كان حنطة ، فطحنها ، ففيها قولان . . . إلى آخره »^(١) .

٣٩١٤- هذا من الفصول المنعوتة في الكتاب فليخُص الناظر فيه على أناةٍ مستعينةً بالله تعالى . وسبيل بيان مضمونه أن نطرد ما ذكره الأصحاب مرتباً على أحسن مساق ، ثم ننعطف عليه ، ونتدارك مواقع الإشكال ، فنكون جامعين بين النقل ، وبين حلّ المُعْصَوات ، فليقع في ابتداء الفصل [طرفاً]^(٢) من حكم الصبغ ، ثم نبني عليه ما عداه ، ثم نختم الفصل باستقصاء القول في الصبغ ، فنسأل الله تعالى التأييد والتوفيق .

٣٩١٥- فإذا اشترى الرجل ثوباً وصبغه بصبغ من عنده ، فالصبغ عين مال المشتري ألحقه بالثوب المشتري ، فإن لم يبن مزيداً في قيمة الثوب ، وانعقد الصبغ عليه ، وعسر التمييز ، فالصبغ ضائع . وذلك^(٣) إذا اشترى ثوباً بعشرة ، وصبغه بصبغ يساوي درهماً ، فإذا [كان]^(٤) الثوب مصبوغاً يساوي عشرة ، فنقول : ضاع الصبغ للمشتري ، ويرجع/ البائع إلى الثوب المصبوغ . اتفق الطرق عليه . والسبب [فيه]^(٥) أنه لو صبغ ٢٢٨ ش بشيء لا قيمة له ، وليس مما يتمول ، فلا يخفى أنه لا وقع ، ولا أثر لما استعمله في الثوب ، فكذلك إذا لم [يبق]^(٦) للصبغ قيمة ؛ فإنه كان مالاً قبل الاستعمال ، والآن صار في حكم الصفة للثوب ، ولم يظهر له في الثوب قيمة ؛ ولأنه صار بالاستعمال غير متمول .

وإن ظهر مزيدٌ في قيمة الثوب ، فصاحبُ الصبغ شريك في الثوب . وإذا بيع الثوب ، قُسط الثمن كما سنوضح تفصيله . وليس الكلام في الصبغ من غرضنا الآن .

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢١ .

(٢) في الأصل : طرفاً .

(٣) أي ومثال ذلك .

(٤) مزيدة لاستقامة العبارة .

(٥) ساقطة من الأصل .

(٦) في الأصل : (يبقى) بدون حذف حرف العلة . والمثبت من (٢) .

وإنما ذكرنا هذا المقدار ليبين للناظر كون الصبغ عيناً .

٣٩١٦- ونحن نبني الآن عليه القصارة^(١) في الثوب وما في معناها .

فإذا اشتري رجل ثوباً على البت^(٢) ، وقصره ، ثم أراد البائع الرجوع في الثوب ، فالذي أطلقه الأئمة في صدر الفصل أن قالوا : القصارة في الثوب ، والطحن في الحنطة ، وما في معنى هذين أثر في الثوب أم عين ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنه أثر . والثاني - أنه عين ، هكذا عبر الأئمة عن القولين .

وقد ذكرنا أنا نسوق ترتيب الأصحاب ، ثم ننطف على مواقع الإشكال .

٣٩١٧- والقدر الذي يلوح به القولان ويعلقان بالفهم إلى تمام البيان : أنا إن قلنا : هذه الصفات آثار ، فلا حكم لها ، ولا تعلق بها ، ومن له الاستحقاق في العين على استحقاقه ، لا يزاحم فيها .

وإذا قلنا : هذه الصفات أعيان ، أردنا أنها كالأعيان المشابكة للموصوفات بها ، كالصبغ في الثوب ، والسمن في السويق ، وما في معناهما . ومن حكم هذا القول أن يصير محصل هذه الصفة شريكاً في الثوب ، كمالك الصبغ .

فإذا ظهر المراد من رسم القولين ، فهذان القولان لا يجريان في جملة الصفات المتجددة ؛ فإن السمن ، وكبر الغلام وإرقال^(٣) الشجر زوائد متصلة ، لا حكم لها ؛ فقال الأئمة : القولان يجريان في كل صفة تحدث في العين ، يتسبب إلى تحصيلها بفعل يجوز الاستئجار عليه ، وتعد^(٤) الصفة من آثار الفعل ، ثم لا بد من ظهور الصفة . فلو استأجر المشتري من يحفظ الدابة المشتراة ، ويسوسها ، فهذا فعل يجوز الاستئجار عليه ، ولكن لا تظهر منه صفة في الدابة ، فإن هي كبرت ، فللترقي في السن ، وإن سمنت ، فمن العلف . والقصارة أثر يوقعه فعل القصار في الثوب ، وكذلك الطحن في الدقيق .

(١) القصارة : اسم للحرفة من قصرت الثوب قصرأ : بيّضته . (المعجم) .

(٢) على البت : أي على طبيعته وهيئته . فالبت : كساء غليظ من صوف أو وبر . (المعجم) .

(٣) إرقال الشجر : استطالته من أرقلت النخلة : طالت (معجم) . وفي (ت ٢) : أوراق .

(٤) (ت ٢) : ونقدر .

ويتصل بذلك ما يتعلق بالأخلاق كارتياض الدابة ، وتعلّم العبد الحرف ، فلتلتحق الأخلاق بالصفات التي تحسن .

هذا بيان محل القولين .

٣٩١٨- ثم فرع الأصحاب في غير المفلس على القولين ، ثم اندفعوا في تفريع أحكام المفلس . فمما فرعوه في غير المفلس أن القصارَ المستأجرَ على القسارة ، إذا قصر الثوب ، أو طحن الطحان البُرّ ، فهل يثبت للصّابغ حبسٌ محل صنعه ، حتى يحبس القصار الثوب ، والطحان الدقيق إلى أن يتوفر عليه الأجرة ، حبسَ البائع المبيع - إن رأينا له الحبس - إلى توفية الثمن ؟ هذا يُخرّج على القولين في الأثر والعين .

فإن جعلنا هذه الصفات آثاراً ، فلا يجوز للعملة حبسٌ محالّ العمل بسبب الأجرة . وإن جعلناها أعياناً ، فالعملة في حبس محالّ العمل كالبائع في حبس المبيع .

٣٩١٩- ومما فرعوه أن العامل إذا وقى عمله ، وأثبت الصفة المطلوبة في محلّها ، فلو تلف محلّ العمل في يده قبل تسليمه إلى المالك ، فهذا [يتفرّع]^(١) على الأثر والعين . فإن جعلنا القسارة أثراً ، فللعملة أجورهم ، وهي^(٢) لا تسقط/ بسبب تلف ٢٢٩ ي المحالّ في أيديهم . وإن قلنا : إنها أعيان ، سقطت أجورهم ، كما تسقط الأثمان بتلف الأشياء المبعة في أيدي البائعين .

هذا ما فرعه الأصحاب على القولين في حق غير المفلس .

٣٩٢٠- ثم اندفعوا في تفريع حكم المفلس ، فصوروا فيه صورتين : إحداهما - ألا يتعاطى القسارة بنفسه ، ويحصلها بعمل أجير ، ويوفّي أجرته قبل التفليس ، ثم يُفلس ، فهذه صورة . وسنذكر الأخرى إذا نجز الكلام في الأولى .

فإذا جاء بائع الثوب ، فصادفه مقصوراً ، فهذا يفرّع على الأثر والعين . فإن جعلنا القسارة أثراً ، فإن البائع [أحق]^(٣) بالثوب ، ولا حكم للقسارة ، وهي نازلة منزلة

(١) في الأصل : متفرّع .

(٢) (ت ٢) : فهي .

(٣) مزيدة لرعاية السياق ؛ حيث سقطت من النسختين .

الزوائد المتصلة . هذا اختيار المزنّي . والتمسك بالزوائد المتصلة احتجاً به .

٣٩٢١- وإن حكمنا بأن القِصارة عين ، فهي في معنى الصبغ ، فنقول : إن كانت قيمة الثوب بعد القِصارة كقيمتها^(١) وهي على البت ، فلا شركة للمفلس في الثوب والقِصارة مُنمّحة^(٢) . وقد ذكرنا ذلك في الصبغ المنعقد ، وهو جرمٌ على التحقيق .

فأما إذا زادت قيمة الثوب بسبب القِصارة التي حصلها المفلس ، فهو شريك بمقدار الزيادة : يُباع الثوب ويقسم الثمن على قيمة المِلْكَيْن : الثوب والقِصارة ، فلو كان الثوب يساوي على البت عشرة ، وهو يساوي مقصوراً خمسة عشر ، فالقِصارة قيمتها خمسة ، فإذا بيع الثوب بخمسة عشر ، فالعشرة مدفوعة إلى البائع ، والخمسة إلى المشتري ، يقتسمها الغرماء .

فلو لم يتفق بيعُ الثوب حتى ارتفعت القيمة إلى ثلاثين ، فيضعف حق البائع والمفلس ، والقسمة على نسبة الثلث والثلثين : للبائع عشرون ، وللمفلس عشرة بين غرمائه .

٣٩٢٢- ولو عهدنا الثوب بخمسة عشر على الترتيب الذي ذكرناه ، الثوب عشرة ، والقِصارة خمسة . ثم انحطت قيمةُ الثوب بالسوق إلى عشرة ، فهي مقسومة بين البائع والمفلس ثلثاً وثلثين . فينقص^(٣) حقُّ كل واحدٍ بانحطاط السوق .

وإنما يظهر التصوير بما نذكره ، فنقول : كان الثوب على البت عشرة ، والنقصان خمسة . والآن يوجد ثوبٌ على البت بستة دراهم وثلثي درهم ، والقِصارة في مثله لا يساوي إلا ثلاثة وثلثاً . فهذا معنى الانحطاط .

وليميز الناظر هذا عما قدمناه من أن القِصارة قد تنمح في الثوب بآلاً يزيد في قيمته شيئاً ، وذلك بأن يكون الثوب على البت والثوب المقصور متساويين في القيمة . والذي ذكرناه أخيراً فرضُ نقصانٍ في [قيمة]^(٤) جوهر الثوب ، وصفة القِصارة .

(١) كذا : بضمير المؤنث .

(٢) (ت ٢) : متحققة .

(٣) (ت ٢) : فينحط .

(٤) زيادة من (ت ٢) .

٣٩٢٣- ولو ارتفعت قيمة الثوب دون القسارة ، فالزيادة للبائع ، ليس لصاحب القسارة فيها شيء . وبيان ذلك أن الثوب على البت كان عشرة ومع القسارة خمسة عشر . والآن صار الثوب على البت يشتري ، بخمسة عشر ، وهذا المقصور يشتري بعشرين ، فالقسارة ما ازدادت قيمتها ، وإنما الازدياد في جوهر الثوب . لا جرم نقول : يصرف إلى البائع من العشرين خمسة عشر ، ويصرف إلى صاحب القسارة خمسة ، بلا مزيد .

٣٩٢٤- ولو فرض الارتفاع في القسارة ، فالزيادة الحاصلة من أجلها مصروفة إلى صاحب القسارة . وتصوير ذلك أن الثوب [المقصور]^(١) كان يساوي خمسة عشر على الترتيب الذي ذكرناه ، عشرة للثوب وخمسة للقسارة ، ثم صار هذا الثوب المقصور يساوي عشرين ، ونحن نجد ثوباً على البت مساوياً لهذا الثوب بعشرة ، فنستبين أن الزيادة منحصرة في قيمة القسارة ، لا جرم نصرفها إلى مستحق القسارة ، ونبيع الثوب بالعشرين ، فنصرف نصف الثمن إلى البائع ، ونصفه إلى المفلس يتضارب/ فيه ٢٢٩ ش غرماؤه . ثم إذا تمهدت عندنا نسبة في قيمتي الثوب والقسارة ، فلو وجدنا زبوناً يشتري الثوب رغبة^(٢) بأكثر من قيمته [بالقسارة]^(٣) ، فالمأخوذ منه مقسّط على النسبة التي تمهدت عندنا في القيمتين ، فالثوب الذي جعلناه نصفين ، وهو يساوي عشرين ، لو اشتراه راغب بثلاثين ، فللبائع من الثلاثين خمسة عشر ، وللمشتري خمسة عشر ، في الصورة الأخيرة .

ولا يخفى قياس الباب .

فلو قال قائل : إذا ارتفعت قيمة القسارة ، كما صورتها في الصورة الأخيرة ، فهلاً قلت : يرجع من الزيادة شيء إلى بائع الثوب ؛ فإن القسارة ما قامت إلا بثوبه ، وهو حاملها ؟ فهلاً كانت القسارة كالبناء يستجده المشتري في الأرض المشتراة ؟ قلنا : حقيقة هذه الصورة تحل هذا الإشكال ، وتدفع هذا السؤال ؛ فإننا في الأرض المبنية

(١) في الأصل : المصبوغ .

(٢) (ت ٢) : برغبة .

(٣) زيادة من (ت ٢) .

لا نزيد لمالك الأرض على قيمتها بيضاء ، وقد تنقص ، على اختلاف ذكرناه للأصحاب في كيفية التوزيع . وإذا نحن وفينا مالكَ الثوب قيمةً ثوبه على ما باعه من غير قصارة ، فطمعه في الزيادة والمشتري قصر بحق طمع في غير مطعم .

هذا الذي ذكرناه كلام في إحدى الصورتين في المفلس .

٣٩٢٥- الصورة الأخرى : أن يشتري ثوباً ، ويستأجر من يقصره ، فيقصره الأجير ، ولا يتوفر عليه الأجرة ، ويُفلس المشتري ، فللأجير تعلقٌ بالقصارة على قول العين ، فيزدحم على الثوب القصارُ للقصارة التي حصّلها ، وبائع الثوب . فنقول : إن حكمنا بأن القصارة أثر ، فلا أثر لها ، ولا حكم ، وبائع الثوب يرجع إلى الثوب المقصور ، ولا يُزاحم فيه ، والأجير أسوة الغرماء ؛ يضاربهم بالأجرة ، من غير تعلق بالعين^(١) .

وإن قلنا : القصارة عينٌ ، فللأجير على الجملة تعلق ، فإن لم [يزدد]^(٢) بالقصارة^(٣) أولاً شيء في قيمة الثوب ، وكان الثوب مقصوراً يساوي عشرة ، ولو فرض على البت ، لكان يساوي عشرة ، فالثوب مسلّم إلى البائع بلا زحمة ، وقد انمحقت القصارة ، وصارت مستهلكة .

فأما إذا زاد بالقصارة شيء ، فنقول : أجرة القصارة درهمٌ وقيمة القصارة خمسة ، فالثوب على البت عشرة ، وهو مع القصارة خمسة عشر ، فإذا بيع بخمسة عشر ، فالعشرة لبائع الثوب ، والدرهم للقصار ، يقدم به على الغرماء ، لتعلقه بعين القصارة ، وأربعة دراهم للمشتري يتضارب فيها غرماؤه . هكذا نص الشافعي .

ولو استأجر الأجير بخمسة ، والثوب على البت عشرة ، وهو بعد القصارة أحد عشر ، فإذا بعنا الثوب بأحد عشر ، سلمنا عشرة إلى مالك الثوب ، ودرهماً إلى القصار . على قول العين - يقدم بها ، يضارب الغرماء ببقية أجرته ، وهو أربعة .

هذا تفريع الشافعي ، والأصحاب على قولَي الأثر والعين . وقد تخطينا مواقع الإشكال لإنهاء الترتيب نهايته .

(١) (ت ٢) : بالثوب .

(٢) في الأصل : يزداد . والمثبت من (ت ٢) .

(٣) (ت ٢) : أولاً بالقصارة .

[و] ^(١) الآن ننعطف عليها بعد وقوع الإيناس ، وتتبع مظنة كل إلباس ^(٢) . ونبدأ بخاتمة الكتاب .

٣٩٢٦- فإن قيل : فرع الشافعي على قول العين ، فاقضى ذلك أن يقال : ليس للقصار إلا القسارة ، إذا أراد التعلق بها ، ويلزم من مساق هذا أن نقول : إذا كانت قيمة القسارة خمسة ، وأجرة القسارة درهماً ^(٣) ، فأراد الرجوع في القسارة ، فينبغي أن يفوز بقيمة القسارة ، وهي الخمسة بتمامها ، ولا نظر إلى أجرته ، نقصت ، أو زادت ؛ فإن الأجرة كالثمن ، والقسارة كالعين المبيعة . وقد قال الشافعي : إذا كانت الأجرة درهماً ، فليس للقصار إلا درهم ، وهذا يناقض التفرع على قول العين .

ثم تمام السؤال أن الأجرة لو كانت خمسة ، وقيمة القسارة درهم ، فإذا أثر القصار التعلق بالقسارة ، وجب ألا تثبت له إلا القسارة ، كالبيع / إذا قلت قيمته ، وزاد مبلغ ^{٢٣٠} ي الثمن عليها ، فإذا أراد البائع الرجوع ، لزمه الاكتفاء بالبيع . وقد قال الشافعي : إذا كانت القسارة درهماً ، والأجرة خمسة ، أخذ القصار الدرهم ، وضارب بالأربعة الباقية . وهذا أيضاً يخالف قياس قول العين .

٣٩٢٧- وقد اعتاص ^(٤) على كثير من الأصحاب الخروج عن عهدة هذا السؤال ، ولا يبين الغرض فيه إلا التصريح بحقيقة هذا القول ، وكنا لا نقدر على البوح به قبل الإحاطة بمجامع المسألة ، وتقاسيمها ^(٥) . فالآن نقول : ليست القسارة على قول العين عيناً على الحقيقة ، مملوكة ، تباع وتشتري ، ويتصرف فيها بالرجوع والاسترداد حسب ما يتصرف في الأعيان . هذا محال تخيُّله مع العلم بأن القسارة صفة . والدليل عليه أن المشارك في الثوب بالقسارة ليس مالك عين ، ولو كانت القسارة عيناً ، للزم

(١) مزيدة من (ت ٢) .

(٢) إلباس : من ألبس الأمر إذا أشكل عليه واشتبه واختلط (المعجم) ، وهي في (ت ٢) مصحفة إلى (الناس) .

(٣) خبر كانت المفهومة من العطف .

(٤) اعتاص : صعب وعسر .

(٥) في (ت ٢) : ونقائضها .

أن يقال : من غصب ثوباً وقصره ، وزادت قيمة الثوب بسبب القسارة ؛ فيصير شريكاً في الثوب ، كما لو صبغ الثوب بصبغ من عنده . وقد اتفق العلماء على أن الغاصب يصير شريكاً في الثوب إذا صبغه بصبغ من عنده ، ولا يصير شريكاً إذا قصره .

فحاصل قولنا : « القسارة عين » أنها صفة مقصودة ، يتعلق بها العامل الموقوع لها تعلق اختصاص كما يتعلق المرتهن بالرهن .

هَذَا قولنا في الأجير .

أما إذا أضفناها إلى المشتري ، فله فيها حقيقة الاستحقاق ؛ لأنها وقعت في ملكه . وإذا تبين أن تعلق الأجير على النحو الذي ذكرناه ، فإن كانت الأجرة درهماً ، وقيمة القسارة خمسة ، فلا يزداد الدين بزيادة قيمة الرهن . وإن كانت الأجرة خمسة والقسارة درهماً ، فإذا صرفت القسارة إلى الأجرة ، كان ذلك كصرف الرهن إلى الدين . وإذا نقص ثمن الرهن عن مبلغ الدين ، فالفاضل من الدين يبقى لا محالة .

فتمهد مما ذكرناه أن القسارة ليست في حكم المملوكة للأجير ، وإنما تكون في حكم المملوكة للمشتري .

٣٩٢٨- وههنا الآن غلطتان نذكرهما ، لا ليلتحقا بالمذهب ، ولكن ليتبين وجه الغلط : إحداهما - أن الأجرة إذا كانت درهماً ، والقسارة خمسة ، والثوب عشرة ، فقد ذكرنا من نص الشافعي أن الثوب إذا بيع بخمسة عشر ، فللبائع الراجع عشرة ، وللأجير درهم ، وللمشتري أربعة . فلو زادت قيمة الثوب ؛ فاشترى بثلاثين ، قال شيخنا في دروس^(١) : يتضاعف حق كل ذي حق ، فلصاحب الثوب عشرون ، وللأجير درهماً ، وللغرماء ثمانية . أما تضعيف حق صاحب الثوب ، وتضعيف حق الغرماء فيبين ؛ فإن الثوب ملكُ البائع الراجع ، والقسارة مستحقة للمشتري ، فارتفاع قيمة المستحق ليس بدعاً ، فأما تضعيف الأجرة ، فلا وجه له ؛ فإننا ذكرنا أنه ليس مستحقاً للقسارة ؛ إذ لو كان مستحقاً ، لفاز بجميعها فوزَ البائع بجميع المبيع ، وإن ارتفعت قيمته . فالوجه القطع بأنه على [درهمه]^(٢) ولكنه مقدم به لتعلقه بالعين كما يقدم

(١) كذا . ولعلها في دروسه .

(٢) في الأصل : درهم . والمثبت من (ت) ٢ .

المرتتهن بالدين الموثق بالرهن ، فذلك الدرهم إذاً للمشتري ؛ فإنه من قيمة القسارة ، وليس للبائع إلا ثلثا الثمن ، وما سلّم إلى القصار من حساب القسارة . فهذه غلطة .

٣٩٢٩- الغلطة الأخرى^(١) ، وهي شائعة في ألفاظ الأصحاب ، ولا يتجه فيها

احتمال ، وذلك أنهم قالوا في التفريع على قول العين : يفسخ القصار العقد ، ويرجع إلى القسارة ، ثم فصلوا المذهب . وهذا بعينه مصير إلى أن القسارة هلك^(٢) من

القصار ، وهي ترجع بالفسخ إليه . ولو كان كذلك ، لاستحق القسارة بكما لها [بالغة]^(٣) ما بلغت قيمتها ، وليس الأمر/ كذلك ؛ فليس للقصار من القسارة إلا التوثق ٢٣٠ ش

المحض ، ولا معنى مع هذا الذكر للفسخ . نعم لو أراد المضاربة ، كان كالمرتتهن يُبطل حق توثقه ويجعل نفسه مع الغرماء مضارباً ، ويسلم لهم محل تعلقه .

هذا تفصيل القول في ذلك ، والتنبيه على محل الإشكال والانفصال ، وإيضاح

عثراتِ العاثرين .

٣٩٣٠- فإن قيل : أليس ذكر الأصحاب قبل الخوض في أحكام التفليس من هذا

الفصل أن العامل يحبس الثوب المقصور حبس البائع المبيع ؟ قلنا : ليس ذلك بدعاً ، والمرتتهن يحبس المرهون إلى توفير الدين عليه ، وحبسه أكد من حبس البائع .

فإن قيل : إن كان كذلك ، فلا وجه لدفع قولهم : لو تلف الثوب في يد القصار ،

سقط حقه من الأجرة ، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض ، ولو كان تعلق حقه على قياس تعلق حق المرتتهن ، لما سقط حقه بتلف متعلقه ، كما لا يسقط [الدين]^(٤)

بتلف الرهن في يد المرتتهن .

قلنا : هذا الآن يُخَوِّجُنَا إلى فن آخر من الكلام ، فنقول : سبب سقوط أجرته أننا

نقدر القسارة كأنها جزء من عمله ، فإذا لم ينته إلى يد المستأجر ، وكان عمله بعد في ضمانه ، فإذا تلف الثوب ، سقطت الأجرة لذلك ، ولا تكون القسارة مملوكةً مبيعةً .

(١) (ت ٢) : الثانية .

(٢) (ت ٢) : ملكت .

(٣) ساقطة من الأصل .

(٤) زيادة من (ت ٢) .

هَذَا واضح . ولم يبق بعد هذا إشكال على ذي نظر .

٣٩٣١- وحان أن نخوض في فصل الصِّبغ مشمرين مستعينين بالله تعالى ، فنقول أولاً:

إنما أخرجنا طرف الصِّبغ ، لأنه يتعلق بما هو عين وفاقاً ، وهو جِرمُ الصِّبغ ، وإنما اختلف القول في أنه أثر أو عين فيما هو صنعة الصباغ المسمى الصِّبغ . فإذا تمهد القول في محل الأثر والعين ، ينتظم بعد ذلك ما نحاول في هذا الفصل ، إن شاء الله تعالى .
فنقول :

٣٩٣٢- من اشترى ثوباً وصبغه بصبغ من عنده ، فالصِّبغ القائم في الثوب عينٌ حساً ، فلو ارتفعت قيمة الثوب والصِّبغ أيضاً ، مثل أن يكون الثوب غير مصبوغ عشرة^(١) ، والصِّبغ درهم ، والثوب المصبوغ خمسة عشر ، فالزيادة على قيمة الثوب وجِرم الصِّبغ إنما حصلت بالصِّبغ وحسن الصنعة ، وما يحصل من الصنعة ، فهو على قولين في أنه أثر أو عين ، كالمقصورة . فنبين غرضنا بالصور نرسلها ، ونأتي في كل واحدة بما يليق بها .

٣٩٣٣- فإذا ابتاع الثوب بعشرة ، وقيمه عشرة ، فصبغه بصبغ من عنده ، يساوي خمسة ، نُظر : فإن كان الثوب يساوي مصبوغاً عشرة ، فقد ضاع الصِّبغ ، والثوب المصبوغ للبائع الراجع ، لا حق للمشتري والغرماء فيه ، فصار الصبغ مستهلكاً . وقد قررنا ذلك مراراً .

ولو كان الثوب مصبوغاً يساوي ثلاثة عشر ، فالتقص محسوبٌ على الصِّبغ دون الثوب ؛ فنقول : يسلم إلى صاحب الثوب عشرة كاملة ، وإلى المشتري والغرماء ثلاثة . ولو لم تزد قيمة الثوب والصبغ ، ولم تنقص ، وكان الثوب مصبوغاً يساوي خمسة عشر ، والثوب وحده عشرة ، والصبغ خمسة . فليس في هذه المسألة للصنعة أثر . فإن كان من نعتٍ ، فضائعٌ غائصٌ في عين الثوب والصبغ . فإذا بعنا الثوب بخمسة عشر ، فالثلث من الثوب مصروف إلى المشتري وغرمائه ، والثلثان للبائع .

(١) كذا في النسختين بإضمار فعل : « يساوي » أو نحوه .

ولو كانت قيمة الثوب كما وصفنا عشرة ، وقيمة الصَّبْغ خمسة ، والثوب المصبوغ يساوي عشرين/ ، فالزائد على خمسة عشر من آثار الصنعة ، فتخرج المسألة على ٢٣١ ي قولين ، في أنها هل تكون في حكم الأثر ، أم في حكم العين ؟ فإن قلنا : هي أثر ، فلا حكم لها ، وكل زيادة حصلت أثراً^(١) للصنعة ، فهي مصروفة إلى بائع الثوب ، يستبد بها ، بلا مزاحمة . هكذا أورده الشيخ أبو علي في الشرح .

٣٩٣٤- وكنت أودُّ أن يُفَضَّ^(٢) أثر الصنعة على الثوب وجرم الصَّبْغ ، فيصرف إلى صاحب الثوب ثلثاه وإلى المشتري الذي هو مالك جرم الصَّبْغ ثلثه ؛ فإن الصنعة اتصلت بالصَّبْغ والثوب جميعاً ، وهذا بين . ولكن لعله قال ما قال من حيث إن الموصوف هو^(٣) الثوب وإليه يرجع أثر الصنعة . فليقف المتأمل إذا انتهى^(٤) إلى ذلك ، ولينعم النظر .

وإن قلنا : سبيله سبيل العين ، فقد حدثت العين للمشتري ، وقد فرضنا فيه إذا كان الصَّبْغ مملوكاً للمشتري ، فالصَّبْغ له ، وأثر العمل له ، فإذا بعنا الثوب بعشرين ، صرفنا عشرة إلى صاحب الثوب ، وعشرة إلى المشتري وغرمائه ، خمسة في مقابلة الصَّبْغ وخمسة في مقابلة أثر الصنعة . وإذا كان كذلك ، فلو وجدنا راغباً يشتري الثوب بثلاثين ، فقاعدة الحساب بيننا التنصيف في الثوب كما ذكرناه .

٣٩٣٥- صورة أخرى : إذا كان الثوب يساوي عشرة ، والصَّبْغ يساوي درهماً ، فلما صبغ المفلس الثوب ، صار يساوي خمسة عشر ، فقد زادت أربعة دراهم بالصنعة . قال الشيخ : إن قلنا : ما يحصل بالصنعة أثر ، لا حكم له ، فالأربعة لبائع الثوب مع العشرة ، وليس للمشتري إلا قيمة صبغه ، وهذا جوابه الأول . وعليه من السؤال ما تقدّم .

فأما إذا قلنا : أثر الصنعة عين ، فهي للمشتري ، فله إذاً خمسة ، وللبائع عشرة . فلو كانت المسألة بحالها ، ووجدنا راغباً اشترى الثوب بثلاثين ، فإن جعلنا الزيادة

(١) (ت ٢) : من أثر الصنعة .

(٢) (ت ٢) : نقص .

(٣) (ت ٢) : وهو .

(٤) (ت ٢) : إذا نظر إلى ذلك .

للمشتري ، فثلث الثمن يصرف إليه ، والثلثان للبائع . وإن قلنا : الزيادة للبائع ، فثمن الأصل خمسة عشر . وإنما اتفق البيع بالثلاثين رغبة ، فيوزع الثمن على خمسة عشر ، فللبائع من أصل القيمة أربعة عشر ، فنضعفها له ، وللمشتري درهم ، فنضعفه له . فنقول للبائع ثمانية وعشرون ، وللمشتري درهماً .

فإن قيل : هلاً جعلتم هذه الزيادة للبائع ؟ قلنا : ليست هذه زيادة صنعة ، وإنما هي اتفاق ربح ، فيقسط الربح عليهما على مقدار استحقاقهما في الأصل ، وتضعف قيمة الصبغ منقاساً ، وإنما الغلط تضعف أجره الأجير في القسارة كما بينته من غلط بعض الأئمة .

٣٩٣٦- ثم ذكر الشيخ أبو علي قولي الشافعي في أن القسارة أثر أم عين ، وحكى عن صاحب التلخيص شيئاً مما لا بد من ذكره ، فقال : إذا باع ثوباً قيمته عشرة ، واستأجر المشتري من قصره بدرهم ، فإذا الثوب المقصور يساوي خمسة عشر ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن القسارة عينٌ . والثاني - أثرٌ .

فإن قلنا : إنها أثر ، فهي للبائع . لكننا نقول للبائع : لك الثوب المقصور لا تشارك فيه ، وعليك أجره القسارة حتى كأنك استأجرته . وهذا غلط منه باتفاق أصحابنا .

فإننا إذا قلنا : إن القسارة أثر ، فللبائع الثوب ، ولا شيء عليه من الأجرة . والأجير يضاربُ الغرماء بأجرته . وذلك أننا لم نجعل القسارة عيناً ، فيتعلق بها الأجير ، وبائع الثوب لم يستأجره . فهذا غلط ظاهر لا شك فيه . وقد نجز الفصل بأطرافه .

فصل في

ذكره صاحب التلخيص ، وغلط فيه من أوله إلى آخره .

٣٩٣٧- ونحن ننقل أجوبته / ، ونذكر وجه الصواب فيها .

ش ٢٣١

قال : إذا اشتري رجل من العصير عشرة أرطال بعشرة دراهم ، ثم أغلاه بالنار حتى

رجع إلى ثمانية أرطال ، وصار رُبّاً^(١) .

ذكر ثلاثة [أحوال]^(٢) في المسألة ، فقال : إذا كان العصير يساوي عشرة ، ولما عاد إلى ثمانية أرطال ، صار يساوي سبعة ؛ فللبائع الرجوع في عين الرُّب ، ومضاربة الغرماء بقدر نقصان القيمة . وقدرُ النقصان ثلاثة دراهم ، فيضارب بها . وعلل بأن قال : ليس ما حدث مجرد نقصان صفة ، بل انضم إليه نقصان العين . لهذا جوابه وتعليقه . وهو خطأ .

والصواب أن نقول : قد نقص بالنار خُمس المبيع ، فهو كما لو نقص بانصبابٍ أو غيره من أسباب الضياع ، فيرجع في الرب إن شاء ، ولا حظَّ له في مقابلة الدرهم الناقص من القيمة ؛ فإن العين باقية في أربعة الأخماس وزناً وقدرًا ، فليرجع إن أراد في الأربعة الأخماس كما هي ، ويضارب بخمس الثمن ، وهو درهمان .

وإن لم يُرد الرجوع في المبيع ضرب مع الغرماء في جميع الثمن . والجملة في هذا أنا نجعل النقصان بسبب الغليان بمثابة التلف في ذلك القدر ، ويجري في الباقي على قياس الأصول . فهذه حالة من الأحوال الثلاثة .

٣٩٣٨- أما الحالة الثانية - فهي أن تكون قيمة العصير عشرة ، كما صورناه ، فلما صار رُبّاً ، رجع إلى ثمانية ، ولكن كان يساوي عشرة مع نقصان وزنه . قال صاحب التلخيص : إن أراد الرجوع ، فيرجع في الرُّب ، ولا يضارب الغرماء بشيء ؛ فإنه قد وصل إليه قدرُ المبيع قيمةً . وقد ساعده بعض الأصحاب في هذه الصورة . وهو خطأ .

والسديد أن نقول : أما القدر الذي هو نقص ، وهو خُمس المبيع ، فله أن يضارب الغرماء في مقابلته بخمس الثمن ، ويبقى الكلام في أربعة أخماس المبيع ، وقد زادت قيمته بالصَّنع . فإن قلنا : زيادة الصنعة للبائع ، وهي أثر ، فيرجع في الرُّب ، ويفوز بالزيادة ، ويضارب الغرماء بخمس الثمن ، كما ذكرنا .

(١) الرُّبُّ : بالضم : ديس الرطب إذا طبخ ، وعصرة التمر المطبوخة . (مصباح ومعجم) .

(٢) في الأصل : أقوال .

وإن قلنا : زيادة الصنعة بمنزلة العين ، وهي للمشتري ، فقد قال القفال في هذه الصورة : إن هذه الزيادة على هذا القول للبائع أيضاً ؛ فإنها بمنزلة السَّمَن وكَبَر الغلام ؛ فإن الغليان مما لا يجوز الاستئجار عليه ، فلا يصح أن يُستأجر رجل ليرد عشرة أرطالٍ بالإغلاء إلى ثمانية ؛ فإن هذا مما لا ينضبط . هذا طريق القفال .

وذهب بعض أصحابنا إلى أن الاستئجار عليه جائز ، فالزيادة إذاً للمشتري ، وقد ضارب البائع بخمس الثمن ، وبقي أربعة أخماس المبيع ، للبائع فيه ثمانية وللمشتري درهمان .

وقد سبق القول في مثله .

والجملة في ذلك أن هذه المسألة تنزل منزلة ما لو باع ثوبين ، أحدهما يساوي درهمين ، والثاني يساوي ثمانية ، فتلف في يد المشتري الذي يساوي درهمين ، وقَصَرَ المشتري الآخر^(١) ، فصار يساوي عشرة .

٣٩٣٩- والحالة الثالثة - هي أن يكون العصير مساوياً عشرة ، كما قدمنا ، ورجع وزن الرُّب إلى ثمانية ، ولكنه يساوي اثني عشر درهماً .

قال صاحب التلخيص : البائع بالخيار إن شاء لم يرجع في العين ، وضارب الغرماء ي ٢٣٢ بالعشرة التي جعلت ثمناً ابتداءً . / وإن أراد الرجوع إلى الرُّب ، فله ذلك ، ولكنه يغرم الزيادة على القيمة الأولى ، [فيرجع إلى الرُّب ويغرم للمشتري والغرماء درهمين]^(٢) وطرد قياسه الفاسد في الأحوال الثلاثة .

والصحيح أن نقول : أما خمس المبيع ، فقد فات ، فيضارب الغرماء بخمس الثمن ، وأما أربعة الأخماس ، فقد زادت . فإن قلنا : زيادة الصنعة أثر ، فهي للبائع ، فيرجع في الرُّب بكماله ، ويستبدّ بالزيادة ، ويضارب الغرماء بخمس الثمن .

وإن قلنا : الزيادة الحاصلة بالصنعة للمشتري ، فعلى طريقة القفال هي للبائع في هذه الصورة . وعلى طريقة غيره هي للمشتري ، وقد رجع البائع في خمس الثمن

(١) (ت ٢) : الثوب .

(٢) عبارة الأصل : ويرجع إلى الرُّب ، وبقي للمشتري والغرماء درهمين . (كذا).

بجهة المضاربة ، وله في الأخماس الباقية ثمانية دراهم ، وللمشتري أربعة دراهم .
وقد سبق التفصيل في مثله^(١) .

٣٩٤٠- هذا بيان جوابه في الأحوال الثلاثة ، ووجه الصواب في هذا . وقوله في
هذا الفصل غير [معدود]^(٢) من المذهب ؛ فإنه هفوة . وقد ذكرنا أن هفوات الأئمة إذا
لم يكن للظن فيها مضطرب لا يعتد بها .

٣٩٤١- ومما ذكره صاحب التلخيص في أثناء كلامه أن من اشترى عبداً وعلمه
حرفة ، أو علمه القرآن ، فهذا بمثابة القسارة في الثوب . وهذا الذي ذكره صحيح .
وقد ذكرناه في فصل القسارة ، وإنما أعدناه لأن الشيخ أبا علي حكى عن بعض
الأصحاب وجهاً أن الزيادة الحاصلة من هذه الجهة أثرٌ ، قولاً واحداً ، وإن جاز
الاستتجارُ على تحصيله ، لأنه لا يظهر على المبيع ظهوراً محسوساً ، وإنما القولان في
أثر يُحسَّ كالقسارة في الثوب ، والطحن في الحنطة ، والحرفُ ليست كذلك . وهذا
مزيفٌ مردود . والصحيحُ طرد القولين في كل صفةٍ يتوصل إلى تحصيلها بالاستتجار ،
سواء كانت مدركة بالحس أو لم تكن مدركة .

فصل في

قال : « ولو تبايعا بالخيار ثلاثاً ، ففلسا أو أحدهما ، فلكل واحد منهما إجازةُ
البيع وردّه دون الغرماء ؛ لأنه ليس ببيع مستحدث . . . إلى آخره »^(٣) .

٣٩٤٢- من اشترى شيئاً على شرط الخيار أو باع شيئاً كذلك ، ففلس ، وجرى
الحجر عليه ، ففي إجازته وفسخه بحكم الخيار طريقان لأصحابنا : أحدهما - أن
تصرفه ينفذ بالفسخ والإجازة من غير رعاية مصلحةٍ وغبطة ، كما كان ينفذ وهو مطلق .
وما صدرنا به الفصل من لفظ الشافعي دليل ظاهر على هذا . ووجه ذلك أن التصرف

(١) (ت ٢) : مسألة .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٢٢١/٢ .

بحكم الخيار مستفادٌ بعقدٍ مضى في حالة الإطلاق ، فهو مستند إليه ، وما يجري منه لا يحمل على تصرف مبتدأ .

والذي يوضح ذلك أن الحجر يطرد على الأملك الثابتة ؛ فإنها مهيأة للتصرف إلى ديون الغرماء ، والمعقود عليه على حكم الخيار ليس كذلك ؛ فإنه لا يؤثر الحجر فيه ، ومساق ذلك يقتضي استثناءه [عن^(١) حكم الحجر ، وبقاء على موجب الإطلاق . وليس المفلس منظوراً له بخروجه عن الاستقلال ، وإنما سبب الحجر عليه قَصْرُ تصرفه عما يجب صرفه إلى الدين ، وهذا إنما يتحقق في الأملك اللازمة ؛ فإذا لا يفصل هذا القائل في تنفيذ الفسخ والإجازة بين البائع والمشتري ، ولا يخصص ما ينفذه بقولنا : لا يحصل الملك في زمان الخيار للمشتري ؛ بل يطرده على كل قول ، في كل حال .

هذا بيان هذه الطريقة .

ولو جن المشتري في زمن الخيار ، وانتصب قوامٌ عليه ، فلا بد من رعاية مصلحته ش ٢٣٢ في الفسخ والإجازة ؛ لأنه منظور/ له ، ولا وجه لتصرف وليه إلا طلب مصلحته .

٣٩٤٣- والطريق الثاني - يُبينه تفصيلٌ ، فنقول : من اشترى على شرط الخيار ، ثم فُلس في مدة الخيار ، فرعنا ذلك على القولين في حصول الملك . فإن قلنا : لا يحصل الملك في المبيع للمشتري ، فإن فسخ المشتري أو أجاز على وفق^(٢) الغبطة ، فلا شك في نفوذ ذلك . ولم يختلف^(٣) أصحابنا في تنفيذ الفسخ والإجازة منه . وإن كان لا ينفذ بيعه في أمواله التي شملها الحجر ، وإن وافق الغبطة . وفي شرائه كلام سيأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وهذا يوضح أن التصرف بالفسخ والإجازة مستثنى على الجملة عن التصرفات .

فأما إن فسخ أو أجاز على خلاف الغبطة ، قلنا : أمّا الفسخ على خلاف الغبطة ، فنافذ ؛ فإنه ليس يُخرِجُ به عن ملكه شيئاً ، وإنما يمنع به عن جلب ملك ، والتفريع على أنه لا ملك له في زمان الخيار في المبيع والثلث قارٌّ على ملكه ؛ فقد بقي بالفسخ

(١) في الأصل : على .

(٢) (ت ٢) : وجه .

(٣) (ت ٢) : يحتل .

على ملكه الثمن ، ولم يحصل له الملك في المبيع . ورجع ترك نظره إلى عدم الكسب والجلب ، وليس على المفلس أن يكسب وإن قدر عليه . هذا إذا فسخ .

وأما إن أجاز العقد على خلاف الغبطة - والتفريع على أن لا ملك له في المبيع في زمان الخيار - فإجازته على خلاف الغبطة مردودة ؛ من جهة أنه يُخرج بها الثمن عن ملكه ، على خلاف المصلحة ، وليس له أن يُخرج عن ملكه شيئاً على خلاف الغبطة .

وإن قلنا : إن الملك في المبيع للمشتري في زمان الخيار ، فإن فسخ أو أجاز ، ولم يخالف الغبطة ، نفذ ذلك .

والذي دل عليه كلام المشايخ في هذه الطريقة - أنه ينفذ الفسخ والإجازة إذا استوى وجه الغبطة ، ولم يترجح وجه على وجه . فأما إذا فسخ والغبطة في الإجازة ، ففسخه مردود ؛ من جهة أنه بفسخه يُخرج المبيع عن ملكه ، والغبطة في خلافه . وإن أجاز على هذا القول على خلاف الغبطة ، نفذت إجازته ؛ لأنه بالإجازة تارك رد الثمن إلى ملكه ، وإذا ملكناه المبيع في زمان الخيار ، ملكنا البائع الثمن لا محالة ؛ فهو بالإجازة تارك جلب الملك في الثمن ، وليس على المفلس الجلب والكسب ، كما قدمناه .

فحاصل الطريقة إذا راجع إلى أنا لا ننفذ منه على خلاف الغبطة إخراج شيء عن ملكه ، ولا نكلفه رد شيء إلى ملكه .

هذا بيان الطريقتين .

٣٩٤٤- ونقل الأصحاب نصاً عن الشافعي متعلقاً بالرد بالعيب ، قال رضي الله عنه : « إذا اشتري في الصحة عبداً ، ثم مرض ، واطلع على عيب به في مرضه ، لزمه الرد ، وإن لم يرد ، حُسب من ثلثه ؛ لأن العيب كفقد جزء » .

كلامه المطلق يحتاج إلى التفصيل ، فنقول : إن اشترى في الصحة عبداً بمائة ، وقيمته خمسون ، لو كان سليماً ، فالمحابة محتملة^(١) بسبب جريان العقد في الصحة . فلو اطلع على عيب في مرض الموت ينقص عُشر قيمة^(٢) العبد ، فإن رده ، فذاك . وإن

(١) «محتملة» : بمعنى جائزة نافذة، من الاحتمال والإطاقة ، وليست من الاحتمال بمعنى التوقع .

(٢) (ت ٢) : تنقص قيمته عشر العبد .

أجاز العقد ، كان متبرعاً بعشر الثمن ، وهو عشرة ، ولا نجعله متبرعاً بعشر قيمة العبد ؛ لأنّ المسترد في مقابلته^(١) الثمن ، والأرش المقابل للعيب عشر الثمن لا عشر القيمة ، فإجازته تتضمن ترك عشر الثمن ، والمحابة وراء ذلك جارية في الصحة ، ي ٢٣٣ وليس على المريض أن يكسب للورثة باسترداد/ جميع الثمن .

٣٩٤٥- وفي الفصل غائلة ننبه عليها ، وندرؤها بسؤال وجواب . فإن قيل : قد ذكرتم أن المريض ليس عليه الاكتساب ، فليس عليه أن يقبل الهبة والوصية ، ولا أن يكتسب بجهة أخرى ، والملك حاصل للبائع في جميع الثمن ، واسترداد الأرش نقص للملك في حق البائع ، وجلب من جهة المشتري ، فلم كان تركه تبرعاً ؟ قلنا : هذا العقد يتضمن الاستحقاق ، إسقاطه إسقاط [حق]^(٢) مستحق تضمنه العقد ، وقد ثبت هذا في مرض الموت ، وكان إسقاطه بمثابة إسقاط دين ، والدين وإن سميناه ملكاً ، فليس شيئاً محصلاً ، ولكنه استحقاق التوصل إلى تحصيل الملك في عين ، ولذلك يحط الأرش عن الشفيع ، وإن كان مقتضى الشرع أن يأخذ الشقص بثمن العقد ، وليس هذا كما ردّدناه في خيار الشرط ؛ فإن ذلك [ترواً]^(٣) محض ، وليس الفسخ به والإجازة متضمنين إسقاط حق مستحق . فليفهم الناظر ذلك ، فبه تمام الغرض .

٣٩٤٦- فإن قيل : الرد مستحق أيضاً بالعيب ، فأوجبوه . قلنا : لو أوجبناه ، لألزمنا نقض المحابة التي أمضيها في صحته ، وهذا لا سبيل إليه .

فإن قيل : لو كان الثمن جارية ، وقد فرض الاطلاع على العيب ، فهل تجوزون لقابض الجارية وطأها ؟ قلنا : نعم ؛ فإن الجارية في يده وإن تعرضت للاسترداد بمثابة الجارية في يد المتهب ، مع استمكان الواهب من الرجوع في الهبة .

٣٩٤٧- فإن قيل : لو كانت المسألة مفروضة حيث نقلتم نص الشافعي في الصحة

(١) (ت ٢) : مقابلة .

(٢) مزيدة من (ت ٢) .

(٣) (ت ٢) : نزو . وفي الأصل بدون نقط . وكذا قدرناها . والمعنى أن الإجازة والفسخ في مرض الموت لمن له خيار الشرط ، ليس فيها إسقاط حق ، ولا تبرع ، ولا تكسب ، وإنما الخيار هنا للتروّي المحض . والله أعلم .

والمرض ، فماذا ترون ؟ قلنا : إن كان الثلث وافياً ، فيجوز الوطاء إلى أن يتفق ما يجري من بائع الجارية ، وإن لم يكن الثلث وافياً ، فالمحذور الرجوع إلى قسط من الجارية ، ولو فرض ترك ذلك القسط على قابض الجارية ؛ فهو في الحال تبرع . ولكن لو تبرع المريض بجارية لا يملك غيرها ، وأقبضها ، تسلط المتهب على وطئها ، بناءً على استمرار الحياة . ثم إذا مات المتبرع ، نقضنا تبرعه في ثلثها تبئناً ، وقد نلزمه ثلثي مهرها ، كما سيأتي في الوصايا .

فخرج من مجموع ذلك أننا لا نحرم الوطاء كيف فرض الأمر ، وهذا تصريح بحقيقة الملك . ومع ذلك نجعل ترك مقدار الأرض تبرعاً .

٣٩٤٨- وتام القول فيه أنه لو مات هذا التارك للأرض المريض ولم يف الثلث ، فالزائد على الثلث - على قولنا : التبرع الزائد مردود - يُثبت للورثة ملكاً لهم ، أم هم يثبتوه^(١) ؟ الظاهر عندنا أنه يثبت لهم . ولا حاجة إلى إثباتهم لأنفسهم . وما قدمناه من التسليط على الوطاء محمول على مذهب التبيين بالأخرة والإسناد^(٢) .

فانتظم من هذا أنه إذا مرض مرض موته ، وفرض الاطلاع على العيب ، وترك الأرض ، فقد تبين بالأخرة رجوع شيء من الثمن إسناداً . فليفهم الناظر ذلك . ويحتمل أن يقال : للورثة حق الرجوع في الأرض بعد الموت ، وإذا ذاك يثبت ملكهم ، والأظهر الأول .

٣٩٤٩- ونحن نذكر صورة أخرى في ذلك ، فنقول : لو اشترى عبداً قيمته [مائة]^(٣) بخمسين ، واطلع على عيب به ينقص عشر القيمة ، فلو رد ، كان الرد على خلاف الغبطة ؛ فإن العبد مع العيب يساوي تسعين ، فلو رده واسترد خمسين ، كان متبرعاً بأربعين ، فالرد إذا تبرع - كما ذكرناه - لأن الغبطة في إمساكه ، وهو ملكه الحاصل ، ورده إخراج له عن الملك ، فإذا كان على خلاف الغبطة ، كان متبرعاً . فلو قال / : ٢٣٣ ش

(١) (٢) : ملكاً أم لهم أن يثبتوه ؟

(٢) (٢) : والاستناد . وهما بمعنى ، والتبيين والاستناد من طرق إثبات الأحكام ، وقد ثبت ببيانها .

(٣) في الأصل : تسعين .

أرجع بالأرش ، فقال بائع العبد : بل ردّه ، فليس له مطالبة بالأرش ؛ فإننا نبني الأمر على حياته . وإذا كان الرد ممكناً في الحياة ، لم يجز التحكم بإلزام الأرش . ولو مات فأراد الورثة المطالبة بالأرش ، لم يكن لهم ذلك أيضاً ؛ فإن المريض تبرّعه^(١) في الرد ، فإذا لم يرد ، فإنما راعى الغبطة في ترك الرد ، ويستحيل أن يقع ترك الرد غبطة ، وينضم إليه الرجوع إلى الأرش .

ونظير هذا ما لو اشترى الولي للطفل عبداً بخمسين ، وقيمته مائة لو كان سليماً ، فلو اطلع على عيب به ينقص عشر قيمته ، فليس له الرد ، وليس له أن يطالب بائع العبد برد شيء من الثمن . هذا ما نراه ، والله أعلم .

وقد يخطر لمن لا يغوص أن الرد إذا امتنع ، فالأرش جزء مستحق الاسترداد . وليس الأمر كذلك .

فَضْلٌ

قال : « ولو أسلفه فضة بعينها في طعام ، ثم فُلس ، كان أحقّ بفضته . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٩٥٠- قد ذكرنا في غير المفلس أن من أسلم في جنس وانقطع جنس المسلم فيه عند المَحِلِّ ، ولا إفلاس ، ولا حجر ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن العقد يفسخ . والثاني - أن المسلم يتخير : إن شاء فسخ ، وإن شاء أنظر المسلم إليه إلى وجود الجنس ، ونحن نذكر في السلم بعد تجديد العهد بهذا الأصل صورتين في المفلس : إحداهما - أن يفلس المسلم إليه ، والمسلم^(٣) فيه عام الوجود . فإن كان رأس المال قائماً ، فللمسلم فسخ العقد ، والرجوع إلى رأس المال . ولا فرق بين أن يعين رأس المال حالة العقد ، وبين أن يطلق ذكر الدراهم حالة العقد ، ثم يعينها في

(١) خبر إن . والمعنى : أن تبرع المريض في ردّ العبد ، لا في ترك الأرش .

(٢) ر . المختصر ٢/٢٢١ .

(٣) (ت ٢) : فيما المسلم فيه .

المجلس بالإقباض . فإذا كان ما عين أولاً بالتسمية ، أو عين بالإقباض في المجلس قائماً ، فسخ العقد ، ورجع في تيك العين . وإن أراد المضاربة ، فسنذكر في آخر الفصل كيفية المضاربة بالمسلم فيه .

ولو كان رأس المال تالفاً ، فهل للمسلم أن يفسخ العقد ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه لا يفسخ ؛ لأنه لو فسخ ، لضارب يبدل رأس المال ؛ إذ عينه تالفة ، وإنما يثبت الفسخ بعذر الفلس إذا كان الفاسخ يتخلص عن المضاربة . والوجه الثاني - أنه يثبت له الفسخ بتعذر الوصول إلى تمام المسلم فيه . وإذا كان التعذر بانقطاع الجنس يثبت حق الفسخ ، فالتعذر بالفلس ينبغي أن يثبت حق الفسخ . وهذا القائل لا يخرج قول الانفساخ بسبب الفلس ، بخلاف ما إذا انقطع الجنس . وهذا بيان صورة واحدة .

٣٩٥١- الصورة الثانية : مفروضة فيه إذا أفلس المسلم إليه ، وانقطع المسلم فيه ، فاجتمع الفلس والانقطاع ؛ فإن كان رأس المال قائماً ، فسخ العقد ، ورجع فيه . وإن كان تالفاً ، فهل يثبت للمسلم حق الفسخ ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا يثبت ؛ لأنه لا يتخلص عن مضاربة الغرماء .

والثاني - وهو الأصح - أنه يثبت له حق الفسخ ؛ لأنه بالفسخ يصل إلى بعض حقه في الحال . ولو لم يفسخ ، وصبر إلى عود جنس المسلم فيه فربما لا يجد في يده شيئاً يأخذه بحقه ؛ فترك الفسخ يلحق به ضرراً يئناً . وأيضاً ، فإن حق الفسخ إذا كان يثبت في حالة الإطلاق / ، فيستحيل أن لا يثبت في حالة الحجر ، وكل سبب أثبت الفسخ في ٢٣٤ ي الإطلاق ، لم يُبْنِ الأمر فيه على الغرض ، فإن من اطلع على عيب المبيع الذي قبضه ، فله رده على مفلس لا يجد ما بقي بالثمن .

وقد نعود في آخر الفصل إلى تحقيق هذا الوجه من هذه الصورة إن شاء الله تعالى .

٣٩٥٢- ونحن نذكر الآن كيفية المضاربة في المسلم فيه ، فنقول : إذا كان المسلم فيه جنساً من الأجناس ، فالمضاربة [به]^(١) غير ممكنة ؛ لأن التضارب إنما ينتظم في النقود ، فإذا لم يكن المسلم فيه نقداً ، فلا وجه لتقدير المضاربة به . ولكننا نرده إلى

(١) ساقطة من الأصل .

القيمة تقديراً ، وثُبت المضاربة بها ، ثم ننظر إلى مقدار ما يخصه في المضاربة ، فإن كانت القيمة مائة ، وقد خصه بالمضاربة عشرة ، لم نترك^(١) العشرة عليه ؛ فإننا لو فعلنا ذلك ، كنا معتاضين عن المسلم فيه ، وأخذ البذل عن المسلم فيه باطل ، غير مباح ، فالوجه أن يصرف ما يخصه من الدراهم والدنانير إلى جنس المسلم فيه وتسلمه إليه ، فتكون المضاربة واقعة في أحد التقدين ، وملك المسلم مستقراً آخر في مقدار من جنس المسلم فيه .

والذي قطع به الأئمة أن ملك المسلم لا يثبت في الحصة التي تميزت له من الدراهم ، وإنما يثبت ملكه في القدر الحاصل من المسلم فيه . فلو ميزنا له باعتبار القيمة عشرة ، وقدرناها عشر حقه مثلاً ، فهاج رخص وانخفض السعر قبل اتفاق صرف الدراهم إلى جنس المسلم فيه ، ووجدنا بذلك القدر الذي أقررناه له قدر حقه من جنس المسلم فيه بكماله ، قال الأصحاب : صرفنا الكل إليه وأوصلنا إليه حقه كمالاً ، وبرئت ذمة المسلم إليه .

وإن وجدنا [به]^(٢) أكثر من حقه ، فالزيادة مردودة على الغرماء .

٣٩٥٣- قال القاضي : هذا مشكل . والقياس أن نقول : إذا هاج الرخص ، وصار ما كنا نقدره بمائة يوجد^(٣) بعشرة ، فنغير اعتبار القيمة ، ونقول : إنه يضرب بعشرة ، وننظر ما يخصه مع مزدحم الديون ، ونبتدىء بتبيين^(٤) مقدار حقه . وإنما كان كذلك ، لأن الحصة المقررة له على حساب المائة لم تدخل في ملكه لما قدمناه من استحالة ملك عوض المسلم فيه ، فإذا لم يثبت ملكه فيما ميزنا ، بان أن الأمر موقوف على ما يتبين آخر ، وقد بان برضاء السعر ، وظهور الرخص أن قيمة المسلم فيه عشرة ، فدينه إذاً يقدر بهذا .

هذا ما قاله .

(١) (٢) : ننزل .

(٢) في الأصل : وجدناه .

(٣) (٢) : نجده .

(٤) (٢) : يتيقن .

٣٩٥٤- والذي ذهب إليه الجماهير ما قدمناه أولاً .

فانتظم مما قالوه ، وقاله القاضي وجهان : أحدهما - ما ذكره القاضي ، ووجهه القياس البين الذي ذكره . والثاني - ما ذكره الأصحاب ، ووجهه أنا وإن كنا لا نملك المسلم العشرة الدراهم ، فنجعله أولى بها ؛ حتى كأنها مرتبهة بحقه ، وكأنه مرتبه فيها . ولو كان كذلك ، لكننا نقدمه بتمام حقه فيما هو مرهون عنده ، فيجري إذاً قياس الرهن . ونقول : إن وقى ما ميزناه بحقه أدينا منه حقه كاملاً . وإن زاد على مقدار حقه ، أدينا منه قدر حقه ، وصرفنا الفاضل إلى الغرماء ، كدأبنا في المرهون إذا بعناه .

فإن قيل : لم فعلتم ذلك ؟ قلنا : [إفراز^(١)] الحاكم للحصص^(٢) تخصيص منه لكل ذي حق بمقدار ، فما^(٣) يتصور فيه التملك حُمل تخصيصه على حقيقة الملك ، وما امتنع التملك فيه حُمل على ما يتصور ، وهو التخصيص بطريق الاستيثاق ، فكأن حقوق الغرماء انقطعت عن العشرة بالقسمة/ التي جرت على التقدير الصحيح ابتداءً . ٢٣٤ ش

فهذا هو الممكن في توجيه ما قاله الأصحاب . وليس يخفى ظهور ما قاله القاضي في القياس .

٣٩٥٥- ثم إن كان المسلم فيه شيئاً من ذوات الأمثال ، وقد خص المسلم عشر قيمته ، فإننا نصرفه إلى عشر المسلم فيه . وإن كان المسلم فيه ثوباً واحداً ، أو حيواناً ، فالوجه صرف ما يخص المسلم إلى جزء شائع من ثوب ، أو حيوانٍ مستجمع للصفات المذكورة لا^(٤) وجه غيره . هكذا ذكره صاحب التقريب وغيره . فإذا ضارب بمائة ، فخصه من زحمة الديون عشرة ، وصرفناها إلى جنس المسلم فيه ، فلو انطلق الحجر ، وحدث له مال جديد وعاد الغرماء يضاربون ، فللمسلم حق المضاربة في بقية حقه في المال الجديد ، فتقوّم السلعة مرة أخرى ، فإن كانت مثل القيمة الأولى ، فلا كلام . وإن كانت القيمة أعلى من هذا الوقت ، فإنه يضارب بالقيمة العالية ؛ فإن المقصود

(١) (ت ٢) : إقرار . وفي الأصل بدون نقط . وقدرناها على ضوء المعنى .

(٢) في (ت ٢) : « المحصص » .

(٣) (ت ٢) : فيما .

(٤) (ت ٢) : ولا وجه .

إيصاله إلى جنس المسلم فيه ، والقيمة في البين واسطة ، اضطررنا إلى اعتبارها ، فنعتبر إذا قيمة المسلم فيه بالغة ما بلغت . وهذا سديد .

٣٩٥٦- فأما إذا قومنا المسلم فيه آخرأ في الصورة التي انتهينا إليها ، فكانت قيمته أنقص في الكرة الثانية ، فقد ذكر صاحب التقريب وجهين في ذلك : أحدهما - أنه يضارب باعتبار القيمة الثانية ، وهي قيمة الوقت . ووجهه بين .

والوجه الثاني - أنه يضارب بالقيمة الأولى المعتبرة في الحجر الأول . وهذا لا أدري له وجهاً ، مع قطعنا بأن القيمة ليست عين حقه .

ولو لم يتفق الحجر الثاني ، ووفى ما في يد المسلم إليه بتمام حق المسلم ، وهاج الرخص ، فليس على المسلم إليه إلا توفية حقه .

وإذا رخص السعر ، فإذا فرض حجر ثانٍ وجب أن يضارب بالقيمة الناجزة ، فإن القيم تقديرات ، والغرض الوصول إلى المقوم . ولولا أن صاحب التقريب كرّر هذا الوجه الثاني ، وإلا كنت لا أذكره لضعفه .

فصل في

قال : « ولو أكرى داراً منه سنة ، ثم أفلس المكري . . . إلى آخره » (١) .

٣٩٥٧- هذا الفصل يشتمل على بيان إفلاس المكري ، وإفلاس المكثري والبداية بإفلاس المكري .

ولا تخلو الإجارة إما أن تكون واردة على العين ، وإما أن تكون واردة على ذمة المكري ، فإن كان الكراء [على] (٢) العين بأن أكرى داره أو دابته ، وعقد إجارة على شرط الصحة ، فإذا أفلس المكري قبل انقضاء الإجارة ، وحصول الوفاء بها ، فالإجارة لا تفسخ لمصلحة المفلس ، حتى لو فرعنا على منع بيع المكري ؛ فإننا نمتنع عن بيع العين المكرة إلى انقضاء مدة الإجارة ، وفاءً بما اقتضاه العقد . وإن قلنا : يجوز بيع

(١) ر . المختصر : ٢٢١/٢ .

(٢) في الأصل : في .

المكْرَى ، فنيعه في ديونه ، ولو كانت قيمته تنقص لمكان الإجارة ، لم نبال بنقصانها . فإذا اتفق بيعُ الدار المكراة ، وصُرِفُ ثمنها في حقوق غرماء المكري ، وانفصل الأمر ، وانطلق الحجر ، والإجارة باقيةً ، فلو انهدمت الدار في بقية المدة ، وقضينا بانفساخ الإجارة ، وكان المكثري وفَّى الأجرة كاملة ، فيثبت له حق الرجوع بقسط من الأجرة لانفساخ الإجارة في بقية المدة . وهذا الحق يثبت جديداً مترتباً على الانفساخ الواقع بالانهدام . فهل لهذا المكثري أن يزاحم الغرماء الأولين فيما اقتسموه بينهم ، وتضاربوا به ؟ فعلى وجهين : ذكرهما العراقيون أحدهما - أنه لا يزاحمهم ؛ لأن دينه متجدد حادث بعد القسمة ، وفُضَّ المال/ على الغرماء ، فلا يثبت لأصحاب ٢٣٥ ي الديون الجديدة مزاحمةُ القدماء من الغرماء .

والوجه الثاني - أن المكثري يزاحمهم مزاحمةً غريم يبدو [أخراً]^(١) ونتبين استحقاقه لذَّته متأخراً بتاريخ سابق لاستحقاق الأولين ديونهم حالة المزاحمة . ووجه ذلك أن الرجوع وإن ثبت الآن ، فهو مستند إلى موجب عقد سابق ، وهو الإجارة . فإذا كان رجوع المكثري مستنداً إلى الإجارة السابقة ، كان حقه بمثابة دين سابق يبدو . وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت الإجارة واردة على العين وقد أفلس المكري .

٣٩٥٨- فأما إذا كانت الإجارة واردة على ذمة المكري ، وما كانت ربطت بعين ، وهذا كالإتزام المكري نقلَ مقدارٍ مبينٍ من طعامٍ أو غيره ، من بقعة إلى بقعة ، فهذا لازمٌ ذمةً المكري ، فإذا أفلس وفي ذمته ما وصفناه ، لم يخلُ : إما إن كان سلَّم دابةً إلى المكثري ليحملها الطعام المذكور . وإما إن لم يكن سلم إلى المكثري شيئاً .

فإن لم يكن سلم إليه شيئاً ، فالذي في ذمته دينٌ من الديون . فإن كان عوضُ الإجارة باقياً ، وقد أفلس المكري ، فللمكثري الرجوع إلى العوض الذي صادفه باقياً . وإن كان العوض تالفاً ، ضارب المكثري الغرماء بأجر مثل ما استحق من المنفعة ، على القياس الذي ذكرناه في رجوع المسلم ، إذا أفلس المسلم إليه .

(١) الآخر : الأخير . (معجم) وغير مقروءة في (ت٢) وفي الأصل : (آخر) بدون ألف التنوين .

٣٩٥٩- ثم يعرض في منتهى الكلام أمرٌ يجب إنعام النظر فيه . وهو أنا إذا أثبتنا للمكثري حقَّ المضاربة بأجرة المنفعة المستحقة ، فإذا بانت حصته في تقدير المضاربة ، فصرفُ ذلك المقدارِ إليه بمثابة صرفِ مقدارٍ من قيمة المسلم فيه إلى المسلم . وهذا اعتياضٌ عن المسلم فيه .

٣٩٦٠- وقد اختلف أصحابنا في الإجارة الواردة على الذمة هل تنزل منزلة السلم حتى نرعى فيها ما يُرعى في السلم من وجوب تسليم الأجرة في مجلس العقد ، أم كيف السبيل فيه ؟ وسيأتي شرح ذلك في كتاب الإجارة ، إن شاء الله تعالى .
فإن جعلنا الإجارة الواردة على الذمة بمثابة السلم ، وهو الصحيح ، فلا سبيل إلى ترك حصة المكثري - النازل منزلة المسلم - عليه من القيمة^(١) ؛ فإن ذلك اعتياضٌ عن المسلم فيه .

ثم إن كان المقصود أمراً لا يتبعض ، مثل أن يقول : تحملني إلى بلدة عيَّنها ، فالحمل إلى بعض الطريق قد لا يفيد ، [و]^(٢) ربما يكون الموضع المقدَّر مهلكة ، فإذا تحقق التعذر ، وامتنع الاعتياض ، فلا وجه إلا تخيير المكثري في الفسخ ، وإذا فسخ العقد ، ضارب الغرماء بقيمة الأجرة التي كان بذلها ، وقد يتجه عُسرٌ إذا كان المسلم فيه ثوباً ؛ فإنه إذا خصَّه عشرُ القيمة ، فلا يجد به عشرَ ثوب ، فإذا ظهر تعذرٌ يجبر نقيصةً وخسراناً ، ثبت الخيار ، كما ذكرناه .

وإن كان ألزم ذمة المكثري حملَ مائة منَّ إلى بقعة ، وكان حَمْلُ البعض مُفيداً على قدره ، صرفنا القيمة التي^(٣) خصته إلى البعض .

والجملةُ أن التبعض إن أمكن من غير تعذر ، صرفنا حصة المضاربة إليه . وإن عسر ، أو تضمن التبعض نقصاً ، ثبت الخيار ، لا طريقٌ غيره . ولا وجه لتمليك القيمة ، والتفريع على أنَّ الإجارة سلمٌ .

(١) في الكلام تقديم وتأخير ، فالمعنى : « لا سبيل إلى ترك حصة المكثري - من القيمة - عليه ، فإنه نازلٌ منزلة المسلم ، ولا يجوز الاعتياض عن المسلم فيه » .

(٢) الواو زيادة من (ت ٢) .

(٣) (ت ٢) : إلى حصته .

٣٩٦١- وإن حكمنا بأن الإجارة الواردة على الذمة لا تكون بمثابة السلم ، فإذا ضارب المستحق الغرماء بأجرة المنفعة المستحقة / ، وبانت حصته منها ، لم يمتنع أن ٢٣٥ ش يملك حصته من القيمة عوضاً ؛ فإن الاعتياض عن الديون غير ممتنع ، إذا لم يكن مسلماً [فيها]^(١) . ولننظر فيها مضطرب ، والعلم عند الله .

٣٩٦٢- [و]^(٢) كل ما ذكرناه في الإجارة الواردة على الذمة إذا لم يكن قد سلم المكري عيناً إلى المكثري . فإن كان ألزم ذمته حمل مائة من^٣ ، فسلم إليه دابة ، حتى يحتملها المائة . ثم أفلس المكري ، فظاهر المذهب أن تلك الدابة متعينة لاستحقاق المكثري ، كما لو استأجرها في عينها وأورد الإجارة^(٣) عليها ، فليستوف حقه من تلك الدابة وليحتملها ؛ فإنها سُلمت إليه قبل أطراد الحجر ، فتعينت كما تتعين الدراهم إذا سلمها من عليه الدراهم . والحقوق المتعلقة بالذمم تتعين بالتعيين والتسليم . ومن أصحابنا من قال : لا تتعين تلك الدابة ؛ فإنها ليست مورد الإجارة ، والمنافع ليست أعياناً . ويشهد لهذا أن تلك الدابة لو عطبت لم تنفسخ الإجارة بعطبها ، بخلاف ما لو وردت الإجارة على عينها . فإذا كان لا يثبت لها حكم التعيين في انفساخ الإجارة عند تقدير تلفها ، لم يثبت لها حكم التعيين في اختصاص المكثري بها ؛ فعلى هذا إذا أفلس المكري ، فلا حكم لتسليم تلك الدابة . والأصح الأول .

٣٩٦٣- وهذا يخرج على اختلاف لأصحاب ، سيأتي مشروحاً في الإجارة . وهو أنَّ من التزم حملَ إنسان إلى موضع ، وسلم إليه دابةً ، فهل له أن يبدلها بأخرى ، من غير سبب ؟ فيه اختلاف سيأتي موضحاً ، إن شاء الله تعالى . هذا كله إذا أفلس المكري .

٣٩٦٤- فأما إذا أفلس المكثري ، فلا يخلو : إما أن تكون الإجارة على العين أو على الذمة . فإن كانت الإجارة على العين ، بأن كان اكترى داراً معينة أو دابةً معينة ،

(١) في الأصل : فيه ، والمثبت من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : فكل .

(٣) (ت ٢) : العقد .

وما سلم الأجرة ، فأفلس ، والإجارة باقية ، فالمذهب الصحيح أنه يثبت للمكري الرجوعُ إلى المنافع في بقية المدة . فإن أثر ذلك ، فلتفسخ الإجارة في بقية المدة ، ويضارب الغرماء بأجرة المنفعة الماضية . وقد تقدم شرح هذا .

٣٩٦٥- ثم قال العلماء : إن كان أجّر أرضاً ، فزرعها المستأجر ، وأفلس ، فللمكري الفسخ [و] ^(١) لا يقطع الزرع ، بل يرجع بأجرة مثل بقية المدة ، يقدم بها من غير مضاربة ، كما تقدم .

ولو كان اكترى دابة وحملها ، وأفلس في خلال الطريق ، فللمكري الفسخ . ولكن لا يضيع متاع المفلس ، بل يمكنه من نقله إلى مأمن ، وليس عليه أن يمكنه من نقله إلى مقصده ؛ فإن المطلوب ألا يضيع حق المكتري ، لا أن يحصل مقصوده .

ولو لم يؤثر [المكري] ^(٢) الفسخ ^(٣) وأراد مضاربة الغرماء بالأجرة المسماة ، فله ذلك ، ولا تضيع المنفعة في بقية المدة على الغرماء ؛ فإن كانت مشغولة بزراعة أو غيرها ، فهو المراد . وإن لم تكن مشغولة ، أكرت تلك العين ، وصرفت أجرتها إلى حقوق الغرماء .

هكذا إذا كانت الإجارة واردة على العين .

٣٩٦٦- فأما إذا كانت على الذمة ، وأفلس المكتري ، فإن كان المكري قد استوفى الأجرة قبل الحجر ، فلا كلام ، والمنفعة في ذمة المكري ، حقٌّ من حقوق المكتري المفلس ، تُصرف إلى ديونه كسائر أمواله .

وإن لم يكن المكري قبض الأجرة ، وفرعنا على أن الإجارة الواردة على الذمة ليست سلماً ، ولا يجب تسليم الأجرة في المجلس ، فإذا أفلس / المكتري ، فللمكري ^{ي ٢٣٦} فسخُ الإجارة بسبب تعذر العوض ؛ فإن أثر ذلك ، برئت ذمته منه عما عليه من الحق ، وانفسخت الإجارة .

(١) في الأصل : ثم . والمثبت من (ت ٢) .

(٢) في الأصل ، (ت ٢) : المكتري .

(٣) ساقطة من (ت ٢) .

فصلك

قال : « ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ، ثم قَدِمَ آخرون . . . إلى آخره »^(١) .

٣٩٦٧- إذا حجر القاضي على المفلس ، وقسم ماله على غرمائه ، ووزعها عليهم ، فلاشك أن التوزيع يقع على أقدار الديون ، لا على أعداد الرؤوس . فإذا كان له غريمان لأحدهما عليه أربعة آلاف ، وللثاني ألفان ، وجملته ماله ثلاثة آلاف ، فيصرف ألفان إلى من له الأربعة ألف ، وألف إلى من له ألفان .

ووضوح ذلك مغني عن بسطه . فإذا قسمنا المال على مبالغ الديون ، فظهر للمفلس غرماء آخرون بعد القسمة وفُضَّ الأموال على الحصص ، وتبين أن الذين ظهروا كانوا على استحقاقهم حالة الحجر ، ولكن كانوا غُيَّباً ، فهؤلاء يخاصمون الذين قسمنا المال عليهم ، وينزلون معهم منزلة ما لو كانوا موجودين حالة القسمة ، حتى إذا كان المال ثلاثة آلاف ، والغريمان الأولان على أربعة آلاف وألفين ، فظهر غريم ثالث بأربعة آلاف ؛ فإنه يسترد من الألفين الذين سلمناهما إلى صاحب الأربعة ثمانمائة ، ويسترد من صاحب الألفين من الألف أربعمائة ، فيخلص له ألف ومائتان ، ويبقى لصاحب الأربعة آلاف ألف ومائتان ، ويبقى في يد صاحب الألفين ستمائة ، فتعتدل القسمة على [الاحتياط]^(٢) والحصص .

٣٩٦٨- ولو كان عند القسمة غريمان لكل واحد منهما ألف ، والمال ألف ، فقسمناه بينهما نصفين ، فأتلف أحد الغريمين حصته وأعسر ، وظهر غريم ثالث بألف ولم يجد مرجعاً على الغريم الذي أتلف ما خصّه وأعسر ، فصادف الخمسمائة في يد الآخر ، فبكم يحاصّه ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فذهب الأكثرون إلى أنه يشاطره فيها ، ويقول : تلك الحصّة قد فاتت وأنا وأنت سيّان فيما بقي ، وتقْدُمُ صورة القسمة لا يخلّفني عنك ، وقدَرْتُ دَيْنِي كمقدار دينك ، فيشترك في هذا الباقي على استواء .

(١) ر . المختصر : ٢٢٢/٢ .

(٢) كذا في (ت ٢) ، وفي الأصل بغير نقط . ولعلها : « على الاحتصاص » .

وذهب بعض أصحابنا إلى أنه لا يأخذ من هذه الخمسمائة إلا ثلثها ؛ فإن الحصة الأخرى لو كانت باقية ، لكان يأخذ منها ثلثها أيضاً ، فلئن فاتت تلك الحصة وأعسر صاحبها ، فلا ينبغي أن يرجع بما فات من حقه بسبب تلك الحصة الفائتة على الحصة الباقية ، وكان حقه في أيديهما ، فقواته بسبب فوات ما في يد أحدهما لا يرد جميع حقه إلى ما في يد الثاني .

وهذا الخلاف قريبُ المأخذ من القولين في أن أحد الوارثين لو أقر بدينٍ وأنكر الثاني ، فهل ينحصر جميعُ الدين في حصة المقر ؟ أم لا يلزمه [منه] ^(١) إلا ما كان يطالب به لو أقر صاحبه معه ؟ وفيه قولان سيأتي ذكرهما في كتاب الأقارير ، إن شاء الله تعالى .

٣٩٦٩- ومما أطلقه الأصحاب ^(٢) في قاعدة هذا الفصل أن قالوا : إذا اقتسم الغرماء مالَ المحجور ، ثم ظهر غريم بدين قديم ، فالقسمة السَّابقة لا تنقض ، ولكن الغريم الظاهر يُحصَّ كلُّ واحد بمقدار حقه ، واعتلَّوا بأن قالوا : الغريم لا حق له في أعيان الأموال ، وإنما تعلقه بالمالية ، وإذا ^(٣) كان يرجع على كلِّ بحصته ، فلا معنى لنقض القسمة مع وصوله إلى ما هو حقه ، من غير تقدير تعويض وإبدال .

وهذا يظهر جداً إذا ردت الأمتعة إلى النقود وفُضَّت على أقدار الديون ، ولم يكن لواحد من الغرماء في محل الكلام عين مال ، وإنما حقوقهم ديون مرسلة .

ش ٢٣٦ ٣٩٧٠- ولو اقتسم الورثة أعيان التركة ، ثم بدا دينٌ ، فالأصح المنصوص عليه / أن القسمة لا تنقض ببذو ^(٤) الدَّين ، بل يرجع الغريم على كل وارث بحصته إلى استيعاب حقه ؛ فإن حقه يتعلق بمالية التركة ، لا بأعيانها . وأثر القسمة في إفراز الأعيان . وإلا فالتركة في أيدي الورثة .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) (ت ٢) : بعض الأصحاب .

(٣) (ت ٢) : إذا (بدون واو) .

(٤) (بذو) : مصدر بدا بذو : أي ظهر . (قاموس).

ولو اقتسم الورثة أعيان التركة ، ثم ظهر وارث آخر ، فالقسمة منقوضة ؛ فإن الوارث يتعلق استحقاقه بالأعيان ، فتصحیح الإفراز مع شيوع شركته في التركة محال .
وللشافعي قول آخر : إنه إذا بدا دين ، تبين انتقاض القسمة من أصلها ؛ لأن التركة مرتبهة بالدين ، والتصرف في المرتهن مردود ، وسنذكر هذا في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

٣٩٧١- ولو أجرى مُجِرٌ^(١) هذا القول في بُدْوٍ غريم للمحجور عليه بعد اقتسام الغرماء الأولين ، لم يكن بعيداً ؛ إذ لا فرق بين بُدْوٍ دَيْنٍ في التركة ، وبين ظهور غريم للمحجور عليه .

٣٩٧٢- ومما يتعلق بهذا الفصل أن المحجور عليه لو استفاد مالاً جديداً ، والحجر مطردٌ عليه ، بأن قبل هبةً ، أو وصيةً ، أو احتش ، أو احتطب ، أو اشترى وصححنا شراءه على الأصح ، فهذه الأملاك الحادثة في اطراد الحجر هل يتعدى إليها مقتضى الحجر ، حتى لا ينفذ فيها تصرف المحجور عليه ؟ أم هي خارجة عن موجب الحجر ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنها خارجة عن موجب الحجر ؛ فإن الحجر يتعلق بالأموال العتيدة الموجودة لدى الحجر ، وكان المقصود منه قصر يد المفلس عن التصرف فيها ، فلا سبيل إلى تعدي الحجر عن تلك الأموال . والحجر من القاضي في أموال المفلس ، كحجر الراهن على نفسه في العين المرهونة ، ثم الرهن لا يتعدى موردَه . هذا وجه .

والوجه الثاني - أن الحجر يتعلق بالأموال المستجدة ؛ فإن السلطان لم يقصد بحجره تخصيصَ مالٍ ، وإنما قصد التسبب إلى إيصال الحقوق إلى مستحقها ، وهذا القصد لا اختصاص له بالمال الموجود ، فليكن المحجور عليه تحت الحجر فيما كان موجوداً ، وفيما استجدّه واستحدثه .

٣٩٧٣- ومن الأصول اللاتقة بما نحن فيه أنَّ الحجر إذا انطلق - كما سنوضح سبب انطلاقه في آخر الفصل - وكان الغرماء على بقايا من ديونه ، فلو حدث للمديون مالٌ بعد

انطلاق الحجر ، لم يعد محجوراً عليه بنفس حدوث المال ، ولكن لو استدعى الغرماء إعادة الحجر بسبب المال الحادث ، وكانت بقايا الديون زائدة على المال الحادث ، أو مساوية له - على التفصيل المقدم في أول الكتاب - فالقاضي يجيب إلى ذلك .

فلو تجددت له ديون مع تجدد الأموال ، لم يختص الغرماء الذين حدثت حقوقهم [بالمال الحادث ، بل اشترك فيه القدماء من الغرماء الذين حدثت حقوقهم]^(١) .

ولو بدا للمحجور عليه مال قديم ، اختص بالتضارب فيه الغرماء القدماء ، ولم يشاركهم فيه من حدث حقه .

٣٩٧٤- والضَّابُط فيه أن المال الحادث يشترك فيه الغريم القديم والحادث ، والمال القديم الذي كان في الحجر الأوَّل يختص به الأولون ، ولا يشارك فيه من حدث حقه بعد انطلاق الحجر الأوَّل . ولو انطلق الحجر الأول ،^(٢) وحدث بعده مال ، ولا حجر بعد^(٣) ، وحدث بعد حدوث المال دين ، ثم ضرب الحجر ثانياً ، اشترك القدماء ، ومن حدث دينه ، وليس للقدماء أن يقولوا : لا يشركنا في المال الحادث من حدث دينه بعد حدوث المال ؛ فإن ذلك الدين إذا حدث قبل عَوْد الحجر ، فلا نظر إلى تقدم المال عليه إذا اجتمع حدوث المال والدين في انطلاق الحجر . وهذا واضح لا يخفى على الفقيه ، ولا يضر التنصيص عليه .

٣٩٧٥- ومما يليق بمضمون الفصل أنَّ الديون التي تتجدد في زمان الحجر تنقسم :
ي ٢٣٧ فمنها ما يتجدد في المصلحة المتعلقة بمال المفلس / كالمؤن التي تلزم : [من]^(٣) أجرة الدلال أو الكِتَال أو غيرهما ، فما كان كذلك ، فهو متقدِّم على حقوق الغرماء ، من غير مضاربة ؛ فإننا لو لم نقدم هذه الديون ، لامتنع التصرف في مال المفلس على مقتضى الصَّلاح ، ولرغب العملة عن العمل الذي لا بد منه .

وأما ما يتجدد من دَيْن في ماله ، ولا تعلق له بصلاح الأمر ، وحاجة الوقت ، فلا

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٣) مزيدة من (ت ٢) .

تعلق لمستحق هذا النوع من الدين بمال المحجور عليه ، فإن ذلك المال في حق الغرماء الذين جرى الحجر باستدعائهم بمثابة المرهون في حق المرتهن ، فلو أتلّف المفلس مالا ، تعلق بدله بدمته ، ولم يزاحم مستحقّ الدين الغرماء في الأموال . وكذلك القول في جملة الديون التي لا يتعلق لزومها بالمصلحة والحاجة .
فهذا تمام القول في ذلك .

فصل في

قال : « وإن أراد الحاكم بيع متاعه أو رهنه ، أحضره . . . إلى آخره »^(١) .

٣٩٧٦- إذا استمر الحجر ، اشتغل الحاكم على القرب بتنفيذ الأمر حتى لا يطول أمد الحجر من غير حاجة ، وذلك بأن يتدرّج بيع الأمتعة وينصب في ذلك كافياً أميناً إن كان لا يتعاطاه بنفسه ، ولا ينبغي أن يُفَرط في العجلة ، فتشتري الأمتعة ببخس ، ولا يتأثّر بعد حصول الاحتياط اللائق بالحال .

ثم قال : ينبغي أن يحضر المحجور عليه مكان البيع ؛ فإن ذلك أنفي للتهمة ، وقد يعرف صاحب المتاع مما يُروّج به متاعه ما لا يعرفه غيره ، وهذا استجباب ، وذكر للأولي .

ثم قال : ينبغي أن يبدأ ببيع الحيوانات ؛ فإنها عرضة للتلف ، وفي إبقائها تكثير المؤمن . ثم يبيع ما يتسارع إليه الفساد ، ويؤخر بيع العقار . ويبيع كل شيء في سوقه ؛ فإن ذلك أروج لها ، وأحرى بأن ينفذ^(٢) العرض^(٣) فيها .

٣٩٧٧- ثم إن رضي الغرماء ، جمّع أثمان السلع ، حتى إذا انتجزت ، فرقها حيثنذ على أقدار الحقوق . وإن أبوا أن يصبروا ، ورأوا أن يفرّق عليهم كلّ مقدار ينتجز ويحصل ، أجبوا إلى ذلك . وإن رضوا بالجمع ، جمع القاضي عند عدل . ولا يبعد

(١) ر . المختصر : ٢٢٢/٢ .

(٢) (ت ٢) : ينفذ (بالذال) وفي الأصل غير منقوطة . ثم ، نفد من باب تعب (مصباح) .

(٣) العرض : المتاع . والمعنى أن كل متاع يباع في سوقه ، فهو أروج له .

في مسلك الرأي أن يُقرَضَ ما يتحصل مَلِيّاً وُفِيّاً ؛ فإن أعيان الأموال قد تضيع ، والدين في ذمة المليء الوفي أقرب إلى الثبوت . وقد ذكرنا في تصرف القُوم أنهم لو شأوا^(١) أن يُقرضوا مالَ الطفل على موجب المصلحة ، فلا معترض عليه .

٣٩٧٨- ثم قال صاحب التقريب : إذا أراد القاضي أن يتدّى قسمة المال ، لم يُحوج الغرماء أن يقيموا بَيِّنَةً على أنه لا غريمٍ للمحجور غيرنا . وقد نقول : لا يقسم الحاكم التركة بين ورثة المتوفى ، حتى تقوم بينة من أقوام ذوي خبرة بباطن أمر المتوفى أنهم لا يعرفون [له]^(٢) على طول المخالطة والخبرة وارثاً سوى الحاضرين . وسيأتي ذلك في كتاب الدعاوى ، إن شاء الله عز وجل .

قال صاحب التقريب : إذا حجر القاضي ، وشهر حجره ، وأشاعه في الناس ، كفى ذلك في حصول الغلبة على الظن بأنه لا غريم له سوى هؤلاء ؛ إذ لو كانوا لظهروا . ولما حجر عمر رضي الله عنه على الجهني ، اكتفى بأن شهر الحجر بذكره إياه في أثناء الخطبة . وما ذكره صاحب التقريب حسنٌ . ولكن لا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء ، والقسمة على الورثة ، فحيث نقول : لا بد من إقامة الشهادة على أن لا وارث ، فلا بد من مثله في القسمة على الغرماء .

٣٩٧٩- ومما يتعلق بتمام الفصل أن القاضي إذا قسم ما وجد من ماله على غرمائه ، واعترف الغرماء بأن لا مال له سوى المقسوم علينا ، فهل يُحكّم بانطلاق الحجر عنه ، ش ٢٣٧ أم لا بد/ أن يتولى القاضي إطلاقه ؟ فعلى وجهين في طريقة العراق : أحدهما - أنه لا حاجة إلى إطلاقه ؛ فإن موجب الحجر قد زال . والثاني - أنه لا بد من الإطلاق ؛ فإن ذلك مجتهدٌ فيه ، وقد تمس الحاجة إلى مزيد بحث ، فليتوقف الأمر على إطلاق القاضي ، حسماً للمادة ، وقطعاً للتهمة ، وكما لا يثبت الحجر ابتداء من غير ضرب ، ينبغي ألا ينحلّ انتهاءً من غير رفع ، وليس كحجر الجنون والصبا، على ما سيأتي ذكرهما في كتاب الحجر ، إن شاء الله تعالى .

(١) (ت ٢) : رأوا .

(٢) ساقطة من الأصل .

٣٩٨٠- ثم المنصوبُ الذي يتولَّى بيع مال المفلس بإذن الحاكم ليس له أن يسلم مبيعاً من ماله قبل توفير الثمن عليه . وقد ذكرنا في أن البداية في التسليم بالبائع أو المشتري أقوالاً في كتاب البيع ، ولا يجري منها في الذي يبيع مال المفلس إلا قولان : أحدهما - أن المشتري منه هو المجبر على تسليم الثمن . والقول الثاني - أنهما يجبران على تسليم المبيع والثمن [معاً]^(١) ولا يخرج قولنا : إن البائع يجبر على البداية ؛ من جهة أنه يجب على النائب رعاية حق من يتصرف له . لهذا هو اللائق بمنصب النائب الأمين . ولا يخرج أيضاً قولنا : لا يجبران ؛ فإن الحاجة ماسة إلى تنجيز الأمر ، حتى لا يطول أمد الحجر .

٣٩٨١- وقد يقع الفرض في صورة لا يخرج فيها إلا قول واحد . وهو أن يكون البائع نائباً كما ذكرناه ، ويكون المشتري وكيلأً أيضاً ، فلا يخرج في هذه الصورة [قول]^(٢) إجبار المشتري على البداية ، وينحصر الجواب في أنهما يجبران معاً ، حتى يتوفر الغرضان ، ويعتدل الجانبان .
وما ذكرناه في [المتصرف]^(٣) في مال المحجور يجري في كل وكيل .

٣٩٨٢- ولو باع الوكيل سلعةً مؤكَّلةً ، ونهينا عن البداية بالتسليم ، كما تقرر ، فلو ابتدر وسلم المبيع ، فقد تعدَّى وأساء ، ولو وُقِّر^(٤) الثمن عليه ، خرج عن حكم العهدة ، إذا كان مأذوناً له في قبض الثمن ، ولا نقول : تعدّيه في البداية يُديم عليه حكم العدوان في الثمن الذي توفر عليه .

ولو سلم المبيع ، وعُسِّر قبض الثمن ، وفات الأمر ، فيضمن الوكيل . وفيما يضمنه وجهان ذكرهما صاحبُ التقريب : أحدهما - أنه يضمن الثمن ؛ فإنه فوّت متعلّق الثمن ، وكان كالشاهد الزور إذا أوقعت شهادته حيلولة ، ثم رجع عن شهادته . وهذا

(١) في الأصل : جميعاً .

(٢) في الأصل : إلا قول . والمثبت من (ت) ٢.

(٣) في الأصل : المتصرف .

(٤) (ت) ٢ : توفر .

القائل يعضد مذهبه بأن تغريم الوكيل قيمة المبيع للموكل بالبيع بعيد ، والمبيع ليس ملكاً بعد البيع للموكل بالبيع . وليس كالمرهون الذي يضمن متلفه قيمته للمرتهن ؛ فإن حق الوثيقة يتعدى إلى القيمة .

والوجه الثاني : أنه يضمن قيمة المبيع ، من جهة أنه التزام بالخوض في البيع ألا يسلمه ، ولا يثبت حق موكله فيه إلا بشرط ، فإذا لم يف بالشرط ، لزمته القيمة ؛ نظراً إلى ما قبل البيع . وإن كان المبيع عند التسليم خارجاً عن ملك الموكل .

٣٩٨٣- وهذا الضمان على الجملة بدع خارج عن قانون الضمان ؛ فإنه لم يلتزم الثمن بجهة ، ولما سلم المبيع ، لم يجر عدوانه في ملك الموكل ، وحق الحبس لا يضمن بالقيمة ، فالقياس الكلي نفي الضمان ، والاقتصار على تأييم الوكيل إن عمد ؛ فإن المشتري إذا قبض المبيع ، وأتلفه ، فقد وقع القبض مستحقاً . ولكن اتفق الأصحاب على الضمان . وهو من آثار عهدة العقد ، فالأوجه إذاً ألا يلزم الوكيل إلا الأقل ؛ فإن كان الثمن أقل من القيمة ، لم^(١) يلزمه إلا الثمن . وإن كانت القيمة أقل ، فقد يقول الوكيل : احسبوني غاصب عين ومتلفها . وإلزامه الثمن ، والقيمة أقل ، له وجه على بعد ، وأما إلزامه القيمة والثمن أقل ، فلا وجه له .

فَضْلُكَ

قال : « وينبغي أن يُشهد أنه وقف ماله . . . إلى آخره »^(٢) .

٣٩٨٤- إذا حجر على المفلس الحاكم ، فالأولى أن يُشهد على الحجر^(٣) وليس ذلك بواجب ، ولكن الأولى ما ذكرناه . والغرض منه شهرُ الحجر^(٣) ، ونشر الأمر ، والتأكيد بالإشهاد ، حتى إذا ظهر ذلك ، لم يعامل المحجور اغتراراً بما عهد له من مال .

٣٩٨٥- ثم ذكر الشافعي تفصيل القول فيما يمتنع من تصرفات المحجور .

(١) عبارة (ت ٢) : بعد أن يلزمه أكثر من الثمن .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٢/٢ .

(٣) ساقط من (ت ٢) ما بين القوسين .

والقول الجامع أن تصرفاته تنقسم إلى ما يتعلق بعين ماله ، وإلى ما لا يتعلق^(١) بها : فأما ما يتعلق^(١) بعين ماله ، فلا ينفذ في الحال انفراده بالتصرفات ، وهذا أثر الحجر ، ولو كان من ماله عبيدٌ ، فأعتقهم ، لم ينتجز نفوذ العتق فيهم وفاقاً ، وإذا مست الحاجة إلى بيعهم في الديون ، بعناهم ، وصرفنا أثمانهم إلى الغرماء . وإن جزم المفلسُ إعتاقهم .

٣٩٨٦- ولو أعتق الراهن العبدَ المرهون ، فقد اختلف القولُ في نفوذ عتقه ، فقد نقول : في قولٍ : ينفذ عتقه ، وإن كان معسراً . وهذا مما يجب التنبيه له ، والوقوفُ عنده ؛ فإنَّ الفقيه قد يرى الحجر بالرهن المنبرم بالإقباض أكد . والتحقيق في هذا أن القاضي يحجر على تصرفه ، وليس يرهن ماله ، فأثر حجره منعه من التصرف . والرهن متضمنه تعليق وثيقة بعين ، فتخيل قائلون أن ملك الراهن أقوى من حق وثيقة المرتهن .

ولكن إذا أعتق المفلس عبداً ، واتفق تأدية الديون ، بأن وجدنا راغبين اشتروا الأمتعة بأكثرَ من قيمتها ، وفضلَ ذلك العبدُ ، فهل نحكمُ بنفوذ العتق فيه ، وقد برئت الذمة ؟ فعلى قولين ، وتوجيههما : أن العتق من المفلس مردود أم موقوف ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنه مردود ؛ فإن الحجر تضمن إبطال عباراته في التصرفات المتعلقة بالمال ، فلغاً ما قال .

والقول الثاني - العتق موقوف ؛ فإن القاضي لم يلحق المحجور عليه المفلسَ بالناقص بصباه أو سفهه ، وإنما راعى حق الغرماء ، فالمفلس تامٌ بصفته ، والعتق قابل [للوقف]^(٢) ، فانتظم منه انتظار العقابة . ثم إذا فضل ذلك العبدُ ، تبينَ نفوذ العتق على هذا القول من وقت اللفظ . هذا في إعتاقه .

٣٩٨٧- ولو كاتب عبداً لم تنجز الكتابة ، حتى نقدرها مانعة من صرف هذا العبد إلى الدين . ولكن لو فضل هذا العبدُ عن الديون ، كما صورناه في العتق ، ففي نفوذ الكتابة على مذهب التبيين القولان .

(١) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : التوقف .

ولو باع شيئاً من أمواله ، لم يكن بيعه مانعاً للقاضي من تصرفه^(١) اللائق بالحال .
ولكن لو فضل ذلك المبيع ، ففي نفوذ البيع على التبيين قولان .

٣٩٨٨- وكان شيخي يرتب هذه المسائل ، ويجعل العتق أولى بالنفوذ ؛ من قبل
قبوله التعليق بالأغرار^(٢) ، والوقف دون التصريح بالتعليق . والكتابة تلي العتق ،
وتستأخر عنه لما فيها من المعاوضة . والبيع يترتب على الكتابة ، وهو أولى بأن
لا ينفذ ؛ لأنه معاوضة محضة عرية عن قبول التعليق بالأغرار ، والهبة في هذا الترتيب
في درجة البيع ، فإنها لا تعلق ، كما أن البيع لا يعلق .
فهذا بيان ترتيب هذه المسائل .

٣٩٨٩- فإن رأينا إلغاء هذه التصرفات وإبطالها في الحال والمآل ، تصرفنا في
ش ٢٣٨ المبيع ، والمعتق والمكاتب تصرفنا في سائر الأموال . وإن رأينا إجراءها على/
الوقف ، وأمكنا تأدية الديون دون التصرف في محال تصرفات المفلس ، أخرنا محالاً
تصرفه ، وإن انتهت الحاجة إليها ، ابتدرنا ما وهبه ، وقدمنا التصرف فيه على التصرف
في المبيع ؛ فإن البيع ألزم من الهبة ، وأبعد من النقض ، ثم نتصرف بعد الموهوب في
المبيع ، ثم في المكاتب ، ويؤخر المعتق . وهذا الذي نذكره على قول الوقف
استحقاق ، وترتيبه واجب ، وليس على مذهب الأولى والمستحب ، وكل تصرف كان
أقوى ، فإننا نؤخر محله جهداً .

٣٩٩٠- ولو لم نجد زبواً يشتري من أمتعة المحجور إلا العبد الذي أعتقه ،
والتفريع على قول الوقف ، فقال الغرماء : حاجتنا ماسة في الحال إلى شيء ، فلا

(١) كأن بالعبارة نوعاً من الغموض . فالمعنى : أن بيع المفلس شيئاً من ماله - يكون موقوفاً ،
ولا يمنع القاضي من تصرفه في أمواله بما يليق بحال مصلحة الغرماء .

(٢) كذا في النسختين ، وعند الرافعي حكاية هذا الكلام عن الشيخ أبي محمد بلفظ : « العتق أولى
بالنفوذ لقبوله الوقف ، وتعلقه بالإقرار ، وتليه الكتابة . . إلخ » (ر . فتح العزيز : ٢٠٥ / ١٠) .
وكأنني بها مصحفة عند الرافعي ، وعندنا هنا أقرب للصواب ؛ فالمعنى أن العتق يقبل التعليق
بالأغرار (أي ما ينتظر وَيَتَوَقَّع) والوقف دون التعليق ، فهو أكثر قبولاً ، أي صحة .

تؤخروا حقناً ، ونَجَزُوا بَيْعَ هَذَا الْعَبْدِ ، فِهَذَا فِيهِ احْتِمَالٌ ظَاهِرٌ ؛ فَإِنْ تَأَخَّرَ حَقُّهُمْ بَعِيدٌ ، وَإِبْطَالُ الْإِعْتَاقِ لِتَوْقِفٍ^(١) - مَعَ الْإِسْتِغَالِ وَالتَّشْمِيرِ - فِيهِ^(٢) بَعِيدٌ^(٣) أَيْضاً ؛ فَلْيَنْظُرِ النَّازِرُ .

وْغَالِبُ الظَّنِّ أَنَّ الْغَرَمَاءَ يَجَابُونَ فِي الصُّورَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا .

فِهَذَا بَيَانٌ تَصَرُّفَاتِ الْمَفْلَسِ فِي أَعْيَانِ أَمْوَالِهِ .

٣٩٩١- فَأَمَّا تَصَرُّفُهُ الَّذِي لَا يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ مَالِهِ ، فَذَكَرَ مَا قَدْ يَخْفَى ، وَنَتْرَكَ مَا لَا خِفَاءَ بِهِ ، كَنْفُوزِ طَلَاقِهِ وَخُلْعِهِ ، وَعَفْوِهِ عَنِ الْقَصَاصِ ، وَاسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ ، وَنَفْيِهِ بِاللَّعَانِ ، فَلَا خِفَاءَ بِنَفُوزِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ .

٣٩٩٢- وَالَّذِي يُعْتَنَى بِهِ أَنَّهُ لَوْ نَكَحَ امْرَأَةً ، صَحَّ . وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ يُلْزِمُهُ النِّفْقَةَ ، عَلَى مَا سَنَعِيدُ هَذَا فِي الْفَصْلِ الْمَشْتَمِلِ عَلَى بَيَانِ النِّفَقَاتِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٣٩٩٣- وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَوْ أَتَّهَبَ ، أَوْ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ، صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُ ؛ فَإِنْ مَا يَأْتِي بِهِ مِنْ هَذِهِ الْأَجْنَاسِ اكْتِسَابِ أَمْوَالٍ ، وَلَيْسَ تَصَرُّفاً فِي الْمَالِ الَّذِي اشْتَمَلَ الْحَجْرُ عَلَيْهِ .

٣٩٩٤- وَلَوْ اشْتَرَى الْمَفْلَسُ ، فَالْمَذْهَبُ الْأَصَحُّ أَنَّ شِرَاءَهُ صَحِيحٌ ، إِذَا كَانَ الثَّمَنُ وَارِداً عَلَى الذِّمَّةِ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ مَحْجُوراً عَلَيْهِ فِي لَفْظِهِ وَذِمَّتِهِ . وَذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا قَوْلًا فِي إِبْطَالِ شُرَائِهِ ، تَوْجِيهِهِ يَظْهَرُ بِالتَّفْرِيعِ .

فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصَحُّ الشِّرَاءُ ، فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ قُلْنَا : يَصَحُّ الشِّرَاءُ ، فَلَا يُؤَدَّى الثَّمَنُ

(١) كَذَا . وَحَكَى الرَّافِعِيُّ عَنِ الْإِمَامِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بِصِيغَةٍ أُخْرَى لَيْسَ فِيهَا هَذَا اللَّفْظُ ، قَالَ : « قَالَ الْإِمَامُ : فَلَوْ لَمْ يَوْجَدْ رَاغِبٌ فِي أَمْوَالِ الْمَفْلَسِ إِلَّا فِي الْعَبْدِ الْمَعْتُوقِ ، وَقَالَ الْغَرَمَاءُ : يَبْعُوهُ ، وَنَجَزُوا حَقَّنَا ، فَفِيهِ احْتِمَالٌ ، وَغَالِبُ الظَّنِّ أَنَّهُمْ يَجَابُونَ » ١ . هـ (ر . الشَّرْحُ الْكَبِيرُ بِهَامِشِ الْمَجْمُوعِ : ٢٠٥ / ١٠) .

(٢) فِيهِ : أَيُّ الْإِعْتَاقِ . (وَلَعَلَّهَا : الْمَتَوَقَّفُ فِيهِ) .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، كَمَا فِي (ت ٢) : بَعْدُ . وَالْمَثْبُوتُ تَقْدِيرُ مَنْ . وَمَعْنَى الْعِبَارَةِ - كَمَا هُوَ وَاضِحٌ مِنَ السِّيَاقِ - إِنْ تَأَخَّرَ حَقُّهُمْ بَعِيدٌ ، وَإِبْطَالُ الْإِعْتَاقِ الْمَوْقُوفِ - مَعَ تَشْمِيرِنَا وَاجْتِهَادِنَا فِي الْبَحْثِ عَنِ الْمَشْتَرَيْنِ - بَعِيدٌ أَيْضاً . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَالْعِبَارَةُ عَلَى أَيِّ حَالٍ فِيهَا نَوْعُ قَلْقٍ .

من المال الذي اشتمل الحجر عليه . ولكن هذا يخرج عندنا على الخلاف المقدم في أن المال الذي يحدث للمحجور هل يشتمل عليه الحجر ؟ فإن قلنا : يشتمل الحجر على ما يستحدثه ، فهذا القياس يقتضي أن يصرف ما اشتراه إلى ديونه ، ويقال لمعامله والبائع منه : أسأت إذ عاملته^(١) ، فاكثف بذمته ، وارتقب يسره في ثاني الحال . هذا هو القياس ، وفيه تحقيق^(٢) .

٣٩٩٥- وحاصل المذهب المأخوذ من مرامز كلام الأصحاب وجهان : أحدهما - ما ذكرناه ، وهو أن الغرماء يتضاربون في المبيع ، والبائع محال على ذمة المفلس ، يطالبه بالثمن إذا انطلق عنه الحجر . وتعليله ما ذكرناه .

والوجه الثاني - أن البائع لا يضارب الغرماء في الأموال التي انعقد الحجر عليها ؛ فإن دينه جديد ، ولكنه يضارب الغرماء في ثمن المبيع المستفاد منه ؛ فإن دينه يثبت مع ثبوت الملك في المبيع ، وهو عوض المبيع . فلا أقل من أن يشارك الغرماء في العين المبعة .

٣٩٩٦- ومما يتعلق بتمام البيان في هذا الفصل القول في أن البائع لو أراد الرجوع في العين [المبعة]^(٣) على الأصل الممهد في إثبات ذلك للبائع ، إذا وجد عين ما باعه في يد المشتري . ونحن نقدم على ذلك مسألة ، ذكرها الشيخ في شرح التلخيص : وهي أنَّ العبد القنَّ لو اشترى بغير إذن سيده شيئاً ، فالمذهب أن البيع فاسد ، ومن أصحابنا من حكم بصحة البيع . وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيع .

فإن فرعنا على صحة البيع ، فلاشك أنه يتعذر على البائع استيفاء الثمن ؛ فإن متعلقه الذمة على الإطلاق ، وكل دين تعلق بالذمة ، فالعبد لا يطالب به في رقه ، ولكن إذا عتق اتبع به .

فإذا علم البائع ذلك ، وكان الثمن حالاً ، ولم يكن عالماً بكونه عبداً حالة العقد ،

(١) (ت ٢) : بايعته .

(٢) (ت ٢) : تحيف .

(٣) في الأصل : المبيع .

فله حق فسخ البيع ، والرجوع إلى المبيع . قطع به الشيخ ، وحكى فيه وفاق الأصحاب .

ولو كان عالماً بحقيقة رقه عند البيع ، ففي ثبوت الخيار وجهان : أحدهما - أنه يثبت الخيار . وهو الذي حكاه الشيخ في الشرح . والثاني - أنه لا خيار له ، حكاه غيره ، ووجهه أنه أقدم على معاملته مع العلم بحقيقة صفته ، فلا يثبت الخيار لمن يكون مطلعاً على سببه عند العقد .

فإذا ثبتت هذه المقدمة ، عدنا إلى غرضنا ، فنقول :

٣٩٩٧- إذا باع شيئاً من المفلس المحجور عليه ، وكان عالماً بحاله عند العقد ، فظاهر المذهب أنه لا خيار له ، بخلاف العبد ؛ فإن انطلاق الحجر عنه مأمول قريب ، غير بعيد ، بخلاف العتق ؛ فإن توقعه^(١) بعيد ، وظاهر الرق الاستمرار ، فإذا انضم ذلك إلى علمه بفلسه ، امتنع ثبوت الخيار .

وفي المسألة وجه آخر بعيد : أن الخيار يثبت كما ذكرناه في العبد إذا اشترى بغير إذن مولاه ، ووجه الجمع بين واضح .

ولو باع من المفلس ظاناً أنه مطلق في تصرفه ، فإذا تبين له فلسه ، واطراد الحجر عليه ، فالظاهر أنه يثبت له حق الفسخ ؛ لاطلاعه على السبب الذي تعذر به استيفاء الثمن .

ومن أصحابنا من لم يثبت الخيار في هذه الصورة ؛ إذ لا خلاف أنه لو باع من معسر غير محجور عليه ، لم يكن له أن يفسخ ، إذا اطلع على إعساره ، حتى يحجر عليه . والحجر الواقع في مسألتنا لم يضرب لأجل البائع ، بل كان المحجور مطلقاً في حق البيع الذي جرى ؛ فإنه استبد بنفسه فيه ، فنفذناه دون مراجعة الوالي والغرماء ، فكان بيعه مستثنى عن حكم الحجر ، وهو بمثابة ما لو باع شيئاً ممن ظنه موسراً ، وسلمه إليه ، ثم تبين أنه معسر ؛ فإنه لا يفسخ البيع من غير حجر على المشتري .

٣٩٩٨- ومما يتعلق بتصرفات المفلس ، أنه لو أقر في حال قيام الحجر بدين في

ذمته ، فالمقر له لا يضارب الغرماء الذين ثبتت ديونهم إذا لم يصدقوا المفلس . ولكن الدين يثبت في ذمة المفلس للمقر له ، يطالبه به إذا انطلق الحجر عنه ، واستفاد مالاً . وهذا متفق عليه ؛ فإن الإقرار ليس عقداً أنشأه .

وإذا كنا نقول : الظاهر صحة شرائه لوروده على الذمة ، وإن كان الشراء عقداً عهداً على الجملة ، فالإقرار الذي هو إجبار محض يُلزم ذمته المقر به لا محالة . من غير تخيل خلاف ، ولكن لا يضارب المقر له الغرماء في الأموال التي جرى الحجر فيها .

٣٩٩٩- ولو أقر المفلس بأن عيناً من الأعيان - التي اطرده الحجر عليها ظاهراً وكانت في يده مغصوبة^(١) ، وهي لفلان ، فقد نص الشافعي في كتبه القديمة على قولين في إقراره بالعين : أحدهما - أنه لا ينفذ في الحال ، وإن مسّت الحاجة إلى صرفها إلى ديونه ، صرفت إليها . والثاني - أن إقراره ينفذ في العين ، وهي مصروفة إلى المقر له بها؛ فإن عبارة المفلس صحيحة ، ولا تهمة في قوله .

فقال الأئمة : يجب طرد القولين في الإقرار بالدين المرسل : أحدهما - أن المقر له لا يضارب الغرماء بالدين . والثاني - أنه يضارب تخريجاً على قبول إقراره بالعين ناجزاً . وهذا القول يتجه في القياس . وفي الجملة لا فرق بين الدين والعين .

ش ٢٣٩ والمرضى وإن كان محجوراً عليه في الزائد على الثلث ، لإقراره بالدين المستغرق/ مقبول . وكذلك لو أقر بعين مالٍ، قبل إقراره .

٤٠٠٠- فإن قيل : قطعتم القول برد عتقه وبيعه في الحال ، وذكرتم القولين في نفوذهما لو سلم محالهما عن الصرف إلى الديون على مذهب الوقف ، وذكرتم قولاً في تنفيذ الإقرار بالعين والدين المرسل ناجزاً ، وإن أضر ذلك بالغرماء . قلنا : هو كذلك ؛ فإن الحجر مقصوده منع المحجور عليه من التصرف ؛ فتنفيذ تصرفه فيما جرى الحجر عليه يناقض مقصود الحجر ، والحجر لم يسلبه العبارة عن أمر مضى ، وليس هو إنشاء تصرف في الحال^(٢) ؛ فكان ذلك فرقاً واضحاً .

(١) خبر (أن) في قوله : بأن عيناً .

(٢) (ت ٢) : المال .

وإذا لم ينفذ إقراره بالعين في الحال ، ولكن سَلِمَت العين عن الصرف إلى الديون ، وانطلق الحجر ، فلا خلاف في مؤاخذه المحجور بإقراره في تلك العين بعد ارتفاع الحجر ، ولا يخرج على القولين المذكورين في البيع والعتق وغيرهما ؛ فإنَّ مذهب الوقف في العقود على التردد مشهور ، والإقرار يحتمل مثل ذلك ، ولو قال إنسان : إن فلاناً أعتق ، فردَّ قوله فيه ، فلو اشتراه ، كان مؤاخذاً بموجب قوله السابق .

فهذا منتهى المراد في تصرفات المفلس في غرض الفصل .

فَصْلٌ

قال : « وذهب بعض المفتين إلى أن ديون المفلس تحلُّ بالحجر . . . إلى آخره » (١) .

٤٠٠١- لا خلاف أن من مات وعليه ديون مؤجلة ، حلت الديون بموته ، وهذا متفق عليه ، وإن كان قد يظهر إضرار ذلك بالورثة ؛ فإن الدين المؤجل إلى عشرين سنة لا يساوي شيئاً به مبالاة ؛ وإذا حل الدين ، فقد تضاعفت المالية في حق مستحق الدين ، ولكن الأمر على ما وصفناه .

٤٠٠٢- ولو جن من عليه ديون مؤجلة ، ففي حلول الدين وقد استمر الجنون قولان : أصحهما - أنها لا تحلُّ ؛ فإن حلولها على الميت غير منقاس . على أن الممكن أن الآجال مهلٌ وفَسَحٌ . والغرض منها طلبُ لمحل الدين في مدة الأجل ؛ وذلك مأبوسٌ منه في حق المتوفى ؛ فإن الموت حسم إمكان العمل ، واستأصل أصل الأجل ؛ فلا يبعد أن يقطع مدة الأجل ، وهذا لا يتحقق في طريان الجنون ؛ فإن الآمال مبسوطه ، ما بقيت الحياة .

٤٠٠٣- وكان شيخني أبو محمد يذكر في طريان الجنون القولين ، كما ذكرناهما .

ثم كان يذكر في طريان الحجر بسبب الفلاس قولين مرتبين على القولين في الجنون ، ويجعل الجنون أولى بمضاهاة [الموت]^(١) في اقتضاء الحلول من الحجر ؛ من قبل أن المجنون لا استقلال له ، ولكن يخلفه قيمه ووليّه ، كما يخلف الوارث الموروث ، والمفلس ليس خارجاً عن الاستقلال في التصرفات المختصة به .

وهذا فيه نظر عندي ؛ من قبل أن قيم المجنون لو أراد أن يتصرف له تصرفاً مشتملاً على ثمن مؤجل ، لم يمتنع ذلك ابتداءً ؛ وإذا كان لا يمتنع ما ذكرناه ابتداءً ، فاقضاءه قطع الأجل محال لا اتجاه له . والوجه عندي تخصيص القولين بالمفلس المحجور ، نظراً لمستحق الدين ، والحجر مضروب لمصلحة أصحاب الديون .

وبالجملة لا وجه للمصير إلى حلول الأجل في غير الموت . والمعتمد في الموت الاتباع كما ذكرناه . ولا يستدّ فيه معنى على السبر .

ونحن الآن نفرع على القولين في حلول الأجل وبقائه ، فنقول :

٤٠٠٤- إن حكمنا بأن الأجل لا ينقطع ، والدين لا يحل ، فتكلم في أمرين : أحدهما - المضاربة بالدين المؤجل . والثاني - فسخ البيع .

ي ٢٤٠ فأما الكلام في فسخ البيع ، فالمذهب/ الأصح أن من باع شيئاً بثمن مؤجل ، وفلس المشتري بسبب ديون حالة ، فليس للبائع ، والثمن مؤجل أن يفسخ البيع ، ويرجع إلى عين^(٢) المبيع ؛ فإن الأجل يمنع حق الطلب ، والفسخ مترتب على تعذر الثمن المطلوب .

وذكر العراقيون ، وغيرهم وجهاً آخر ، وقالوا : نقرر المبيع ، ولا نصرفه إلى الديون الحالة ، وننظر ما يكون ، فإن حل الأجل والحجر قائم بعد ، فللبائع حق الفسخ ، وإن كان الحجر قد انطلق ، وأمكن استيفاء الثمن كاملاً ، استوفاه البائع ، وإن كان معسراً ، فقد ثبت حق الفسخ ، كما سنصفه في التفريع .

وهذا القائل يحتج بأصل هذا الوجه بأن حق البائع متعلق بالمبيع ، تعلق حق

(١) في الأصل : الجنون .

(٢) (٢) : نفس .

المرتهن بالمرهون . ثم لو فرض دَيْنٌ مؤجَّلٌ موثَّقٌ برهن ، ثم جرى الحجر ، فاختصاصُ المرتهن بالرهن قائم مع استمرارِ الأجل ، فليكن الأمر كذلك في الثمن المؤجل .

وهذا مزيف عند المحققين ؛ فإن اختصاص المرتهن كان ثابتاً مقدِّماً على جريان الحجر ، فدام ذلك الحق . ومن باع شيئاً مؤجَّلاً ، فمقتضى بيعه تسليمُ المبيع ، وتركُ التعلُّق به ، فإثبات الاختصاص بالمبيع مع دوام الأجل بعيد .

وهذا الوجه على بعده مشهور ؛ فلا بد من تفصيله بالتفريع ، فنقول :

إذا حل الأجل والحجر قائم ، فحق الفسخ يثبت كما ذكرناه ، وإن انطلق الحجر ، وحل الأجل والمشتري معسر ، فالظاهر على هذا الوجه أن يفسخ البيع من غير حاجةٍ إلى إعادة الحجر ؛ فَإِنْ وَقَفْنَا [المبيع]^(١) وعزلنا إياه على انتظار حلول الأجل من أحكام الحجر ، فكأنَّ حكمَ الحجر قائم باقٍ في حق المبيع .

ومن أئمتنا من قال : إذا حل الأجل والعسر دائم ، أعدنا الحجر ، ليفسخ البائع . وهذا بعيدٌ غيرٌ سديد .

٤٠٠٥- ومما يتصل ببيان هذه القاعدة أننا إذا كنَّا لا نحكم بحلول الأجل ؛ جرياً على الصحيح ، فلو لم يكن على المشتري إلا أثمانٌ مؤجلة ، ولم يكن عليه دين حال ، فلا يثبت لأصحاب الأثمان المؤجلة طلب الحجر عليه ، وإن فرعنا على الوجه البعيد في عزل المبيع للبائع بالثمن المؤجل ؛ فَإِنَّ من لا يملك طلب الثمن كيف يملك طلب الحجر ؟ والتفريع على بقاء الأجل . وإن رأينا عزلَ المبيع [وانتظاراً]^(٢) حلول الأجل ، فسيبه ألا يصرف المبيع إلى الديون الحالة ، فيخيب البائع . وهذا واضح لا إشكال فيه .

وما ذكرناه تمام الغرض في حكم فسخ البيع على الوجه الذي فرعنا عليه .

٤٠٠٦- فأما القول في المضاربة بالدين المؤجل ، فقد قطع أصحاب كافة بأن صاحب الدين المؤجل لا يعزل له مقدارُ دينه ؛ فإن أصحاب الديون الحالة يختصون

(١) في الأصل : البيع .

(٢) في الأصل : غير مقروءة . وأثبتناها من (ت٢) .

بالتضارب في الأموال العتيدة التي جرى الحجر فيها ، واطرد عليها ، والوجه الذي حكيناه في عزل المبيع سببه على بعده تشبيه^(١) المبيع بالمرهون . وهذا المعنى لا ينقذ في مؤجل لا متعلق له بعين .

٤٠٧- وكل ما ذكرناه تفريع على أن الأجل لا يحلّ ، فأما إذا قلنا : بحلول الأجل ، فأصحاب الديون المؤجلة يضاربون أصحاب الديون الحالة . وهذه فائدة الحلول .

ولا يشك فقيه في أن من مات ، وكانت عليه ديون حالة ، وأخرى مؤجلة ، ووقع الحكم بالحلول بسبب الموت ، استوى في التضارب من كان دينه مؤجلاً ، ومن كان دينه حالاً .

ولو كان في يد المفلس مبيع ، وقد وقع [الحكم]^(٢) بحلول الثمن ، فالمذهب أن البائع يملك فسخ البيع بسبب حلول الثمن مع الحجر .

ومن أصحابنا من قال : وإن حكمنا بحلول الثمن ، فلا يثبت حق الفسخ ، والسبب فيه أن البيع مع الأجل مبناه على انقطاع حق البائع عن المبيع / بالكلية ، ولهذا لا يثبت للبائع حق حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلاً ، فلا ينبغي أن يتغير البيع^(٣) عن وضعه ، وينقلب البائع إلى التعلق بالمبيع ، وهذا ضعيف لا أصل له ؛ فإن الثمن إذا كان حالاً ، فحق الحبس يظل بتسليم المبيع إلى المشتري طوعاً قبل استيفاء الثمن ، ثم يعود تعلق البائع بالمبيع بسبب طريان الفسح ؛ فالوجه إذاً القطع بأنه يثبت للبائع حق الحبس^(٤) إذا فرغنا على اقتضاء الحجر حلول الثمن .

٤٠٨- وذكر بعض أصحابنا وجهاً بعيداً في التفريع على وجه الحلول ، فقال : فائدة الحكم بالحلول ألا يخيب من كان حقه مؤجلاً . وإذا كان كذلك ، اكتفين بأن

(١) (٢) : تشبه .

(٢) في الأصل تردّد الناسخ بين الحجر والحكم ، وصوب واحدة منهما بالأخرى ، فلم نعلم اختياره . والمثبت من (٢) . وهو أوفق للسياق .

(٣) (٢) : المبيع .

(٤) (٢) : الفسخ .

نعزل حقَّ من كان دينه مؤجَّلاً على ما يقتضي حسابُ التضارب ، ثم ننتظر حلول الأجل ، فكأن الأجلَ باقٍ في حق المفلس ، وإن سقط أثره في حقوق الغرماء ، الذين هم أصحاب الديون الحالة .

وهذا مزيف لا أعدُّه من المذهب ، ولا يجب أن نعتقد جريان هذا الوجه الضعيف في حق الميت إذا حلت الديون عليه ؛ فإنه ليس للانتظار وجهٌ في حقوق الورثة . وإنما ذكر الأصحاب هذا الوجه في حق المفلس الحي ، وهو باطل حيث ذكروه .

٤٠٩- ومما يتعلق بتمام البيان في التفريع على حلول الديون في حق المفلس أنه إذا لم يكن على الإنسان دينٌ حال ، وإنما ديونه مؤجلة كلها ، فهل يملك أصحابها المطالبة بالحجر حتى لا تضيع حقوقهم ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنهم يملكون ذلك ؛ فإن ديونهم تحل بالحجر ، فينبغي أن يملكوا طلبه .

والثاني - لا يملكون ذلك ؛ فإن طلب الحجر يتبع طلب الدين ، وليس ذلك ثابتاً لهم ، فكيف يملكون الحجر وطلبه ، وهم لا يملكون طلب أصل الدين ، حتى إذا تعذر مطلوبهم توصلوا إلى استدعاء الحجر ، وهذا الوجه أصح وأقيس .

فَرَجٌّ : ٤٠١٠ - إذا قلنا : لا يحل الأجل بالحجر ، فلو باع الإنسان شيئاً بشمن مؤجل ، وحل الأجل ، وحجر على المفلس ، والمبيع قائم ، فالمذهب أن البائع يملك فسخ البيع ، طرداً للقياس في الباب .

وقال بعض أصحابنا : لا يملك الفسخ ؛ لأن مبنى العقد على انقطاع علائق البائع عن المبيع بالكلية . وهذا غير سديد .

ولا خلاف أن أصحاب الديون المؤجلة إذا حلت حقوقهم ، ملكوا طلب الحجر ، كما يملكه من كان أصل دينه حالاً .

فَرَجٌّ : ٤٠١١ - إذا باع شيئاً من عبدٍ بغير إذن مولاه ، وفرعنا على الوجه الضعيف في صحة البيع ، فلو أراد البائع فسخ البيع ، قبل حلول الأجل ، لم يملكه . قطع به الشيخ في الشرح .

وإذا حل الأجل ، فأراد الفسخ ، فقد قطع أيضاً بأنه لا يفسخ . وهذا محتمل أن

يثبت له حق الفسخ ، كما إذا كان الثمن حالاً ، ولهذا قلنا : يثبت حق الفسخ لمن كان الثمن في بيعه مؤجلاً ، ثم يحل قبل الحجر ، ثم يتفق الحجر .

وإذا فرعنا على أن الثمن لا يحل بالحجر ، وجرينا على أنه لا يثبت للبائع حق الفسخ بأن يعزل المبيع له ، وحكمنا بأن المبيع مستحق الصرف إلى الديون الحالة ، فلو لم يتفق صرفه إليها حتى حل الأجل في أثناء الأمر ، فهل يثبت له الآن حق الفسخ ؟ فيه احتمال ، وتردد ، مترتب على ما مهدناه في نظائر ذلك .

فصل في

قال : « ولو جُني عليه عمداً . . . إلى آخره » (١) .

ي ٢٤١ ٤٠١٢- مضمون الفصل / ذُكرُ الجناية على المفلس ، وعلى عبده ، وذُكرُ جناية المفلس وجناية عبده .

فأما الجناية على المفلس ، فإن كانت موجبة للقصاص ، فله حق الاقتصاص ، وليس للغرماء أن يكلفوه العفو على مالٍ ليصرف إلى حقوقهم . وإن عفا على مالٍ ، صُرف إلى ديونه ؛ تفريعاً على الأصح في أن ما يستفيده المفلس جديداً ، فحكم الحجر جارٍ فيه .

وإن عفا المفلس على غير مال ، فهذا يتفرع على أن موجب العمد ماذا ؟ وسيأتي شرح هذا في كتاب الجراح ، والفصل بين المفلس وبين المبدّر والسّفيه .

ولو كانت الجناية موجبة للمال ابتداءً ، فهو مصروف إلى الديون ؛ جرياً على اطراد الحجر على المال المستحدث .

والجناية على عبد المفلس كالجناية على المفلس نفسه ، فتقسم إلى العمد وغيره . وتفصيل القصاص والعفو عنه ، كما سبقت الإشارة إليه ، وإحالة الاستقصاء على كتاب الجراح .

٤٠١٣- فأما إذا جنى المفلس ، فلا يخفى تفصيل القصاص عليه . وإن جنى جناية موجبها المال ، لم يشارك المجني عليه أصحاب الديون في الأموال التي جرى الحجر

فيها ؛ فإن الأرض دينٌ جديد ، وليس متعلقاً بمصلحة الحجر ، فإن صدرت الجناية من عبد المفلس ، فهو من جملة الأموال الموقوفة للغرماء ، فلو أراد المفلس أن يفديه بعين من أعيان أمواله ، فهذا تصرفٌ منه في أعيان الأموال ، وقد سبق التفصيل في تصرفاته ، فلا حاجة إلى إعادتها . والقاضي لو أراد الفداء ، ورأى ذلك مصلحة وغبطة ، نفذ ذلك منه . وحق المجني عليه إذا تعلق برقبة العبد مقدم على حقوق الغرماء ، كما نُقِّدَ حقَّ المجني عليه على حق المرتهن ، إذا جنى العبد المرهون . وهذا واضح . وليس كالجناية على المفلس نفسه . ووضح ذلك يغني عن بسطه .

فصل في

قال : « وليس على المفلس أن يؤاجر نفسه . . . إلى آخره »^(١) .

٤٠١٤- ليس على المديون عندنا ، محجوراً كان ، أو مطلقاً ، أن يكتسب لأجل الدين ؛ وإن كان ممكناً منه . وقال أحمد^(٢) : عليه ذلك ، وزعم أن القاضي يؤاجر المفلس ، ويصرف أجرته إلى نفسه . ومعتدنا أن الرب تعالى قال في كتابه ﴿ فَنَظَرَهُ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] أوجب الإنظار ، ولم يلزم الاكتساب . وفي إيجاب الاكتساب لأجل النفقة كلامٌ ، سيأتي في كتاب النفقة ، إن شاء الله تعالى .

فإن قيل : ليس روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع سُرْقاً^(٣) في دينه ، وحُمِّلَ ذلك على أنه أجره ؛ فإن الحر لا يباع ؟ قلنا : يحتمل أنه كان عبداً ، فباعه في أرضٍ كان تعلق برقبته .

٤٠١٥- ولو كان للمفلس أم ولد ، فهل يؤاجرها القاضي ليصرف أجرتها إلى الديون ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يفعل ذلك ؛ فإن منافعها مالٌ ، فلتن تعذر بيعها ،

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٢ .

(٢) في المغني لابن قدامة روايتان لأحمد ، الثانية منهما : « عليه أن يؤاجر نفسه » ، والأولى كمذهب الشافعي ومالك (٤٩٨/٤) .

(٣) الحديث رواه الدارقطني : ٦١/٣ . وسُرَّق : بضم أوله ، وتشديد الراء ، بعدها قاف . وضبطها العسكري بتخفيف الراء وزن عمر وغدر . (ر . الإصابة : ٢/ ٢٠ ، ٤/ ١٢٥) .

فلا تعذر في صرف منافعها إلى الدين . والثاني - لا يفعل ذلك ؛ فإن المنافع ليست أموالاً عتيدة موجودة ، ولو كانت بمثابة الأموال الموجودة ، لوجب إجارة المفلس من نفسه .

واختلف الأئمة فيه أيضاً إذا كان على المفلس وقفٌ ، وأمکن إجارته^(١) هل يجب ذلك ، وصرفُ الأجرة إلى الديون ؟ فيه الخلاف الذي ذكرناه في أم الولد . ثم إن لم نوجب الإجارة ، فلا كلام ، وإن أوجبناها ، فالوجه أن نوالي بين المُدد في الإجارة إلى الوفاء بالديون ؛ فإن المنافع لا نهاية لها ، وليست كالأموال العتيدة التي تعنى بالصرف إلى الديون .

ش ٢٤١ فإذا كان كذلك ، فيلزم من قياس هذا أن/ يدوم الحجر إلى أداء الديون من جهة الإجارة . وهذا فيه بُعد لا يخفى مُدركه على الفقيه .

فصل في

قال : « ويترك له من ماله ما لا غنى به عنه . . . إلى آخره »^(٢) .

٤٠١٦- الحاكم قبل تفرقة مال المفلس ينفق عليه ، وعلى من تلزمه نفقته من زوجاته وأقاربه الذين يستحقون إنفاقه عليهم . فإن قيل : النفقة على المفلس بيّنة ، فما سبب الإنفاق على غيره ، والمال موقوفٌ بسبب الديون ؟ قلنا : النفقة في ترتيب المعاملة مقدمة على أداء الديون في كل يوم ، وأمواله بنفقاته أولى منه بديونه . والإشكال في نفقة الأقارب . وكان لا يمتنع أن يلحق^(٣) في حقوقهم [بالفقر الذي لا مال له]^(٤) . ولكن

(١) أي إجارة الوقف ، ومنشأ الخلاف أن المنفعة ليست مالاً عتيداً ، وإنما هو اكتساب ، كما هو مفهوم ، وصرح به الغزالي في الوجيز : ١٧٢/١ .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٢/٢ .

(٣) أي يلحق المفلس بسبب حاله وإفلاسه بالفقر الذي لا مال له ؛ أي لا يُنفق من ماله على أقرباه .

(٤) في الأصل : بالفقر على الذي لا مال لهم . والمثبت من (ت ٢) .

أجمع الأصحاب على ما ذكرناه ، فليثق الطالب^(١) بما نقلناه .

٤٠١٧- ولو كان عليه دينٌ ، وقد رهن به مالا لا يملك غيره ، لا ينفق عليه ، ولا على أهله وأولاده منه ؛ فإن المرهون خارجٌ عن حكم تصرفه إلى الفكاك ، والأموالُ باقية على حق المحجور ، ولكنه بالحجر محمولٌ على أن يتندر إلى صرفها إلى [ديونه]^(٢) ، ثم القاضي يجري فيها على ما كان يجري المديون لو لم يكن محجوراً عليه .

وفي القلب من نفقة الأقارب مخالفةٌ ظاهرة ، ولكن المذهب نقلٌ . ونحن لا نذكر وجهاً إلا عن نقل صريح ، أو أخذ من رمز وفحوى في كلام الأصحاب ، ولم أر فيما حكيته شيئاً .

ثم لا شك أن نفقته نفقة المعسرين .

٤٠١٨- وإذا فضّ القاضي أمواله على ديونه ، فلا شك أنه يُبقي له نفقة اليوم الذي يتفق التفريق فيه ، قال الأصحاب : يُبقي أيضاً نفقة زوجته وأقاربه في ذلك اليوم ، كما تقدم ، ولا مزيد على نفقة ذلك اليوم ؛ فإنه لا ضبط بعده يقف عنده .

٤٠١٩- ثم قال : « يُبقي له دستٌ ثوبٍ من ماله » . والأمر على ما ذكره ؛ فإنه لا سبيل إلى تركه عارياً ، ولا خلاف أنا لا نكتفي بما يستر عورته ، بل نرعى ستراً لا يخرم مروءته ، ويختلف ذلك باختلاف الدرجات . فإن كان الرجل من العلماء ، فقد قال كثير من الأئمة : يُبقي له دستٌ ثوب ، ومن جملته طيلسان ، وخُفّ . ولي في الخف والطيلسان نظرٌ ؛ فإنهما معدودان وراء الاقتصاد ، وليس في تركهما خرمٌ للمروءة ، والمتبع أن لا تنخرم مروءته . ولا شك أنا لا نبقي له دستٌ ثوب يليق بحاله في بسطته وثروته ، ولكن ليكن ما نُبقيه لائقاً بحالته . وإن كان الرجل سوقياً نُبقي له دستٌ ثوب يليق بحاله . وإن كان أثوياً^(٣) ، نُبقي له أطماراً لائقاً به . وإن كان في

(١) (٢) : الناظر .

(٢) في الأصل ، كما في (٢) : ديون . والمثبت تصرف من المحقق .

(٣) الأتون : الموقد الكبير كموقد الحمام والجصاص ، وتشدد التاء (معجم ، ومصباح) والمراد

انبساطه تزيد^(١) في التجميل على ما يليق برتبته ، ففرده في إفلاسه إلى ما يليق بمنزلته^(٢) ، ولا يُعتبر مجاوزته حدَّ الاعتدال اللائق بحاله^(٣) . ولو كان في ثروته يلبس الخسيس من الثياب ، وكان يُعدّ مقتراً على نفسه ، فإن أفلس ، رضينا له بما كان يرضى به في ثروته ؛ فإننا لا نزيده في حالة الإفلاس على ما كان عليه قبله . نعم لا نقول بحطه عما كان يعتاده من الخسيس^(٤) بسبب إفلاسه ، كما قد نفعل ذلك في حق المقتصد .

فليفهم الناظر ذلك .

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاث منجيات ، وثلاث مهلكات ، ي ٢٤٢ فالمنجيات القصدُ/ في الغنى والفقر ، والعدل في الرضا والغضب ، وذكر الله تعالى على كل حال . والمهلكات شح مطاع ، وهوى متبع ، وإعجاب المرء بنفسه »^(٥) .

ويعطيه في الصيف ما يليق به ، وإن اتفق تفريق ماله في الشتاء ، أعطيناه ما يليق بالشتاء ، ولا يجمع له بين كسوتي فصلين .

٤٠٢٠- ولو مات المفلس ، بدأنا بكفنه ، ومؤنة دفنه ، وفي القدر الذي يكفن به خلافاً ، ذكرناه في كتاب الجنائز . ونحن نرمز إليه لغرض لنا في فقه هذا الفصل .

قال أبو إسحاق المروزي : إذا مات المفلس ، اكتفينا بستر عورته بخرقه ، وهذا مأخوذ عليه ، واختلف أصحابنا في تزييف هذا المذهب على وجهين : أحدهما - أنه يكفن في ثوب واحد يواريه ؛ فإن الغرض المواراة بالكفن ، وقضاء دينه أهم من تكفينه في ثلاثة أثواب .

بالاتوني : الذي يعمل في إيقاد الأتون ، ويقوم عليه .

(١) (ت ٢) : مزيد .

(٢) (ت ٢) : برتبته بمنزلته .

(٣) (ت ٢) : بأمثاله .

(٤) (ت ٢) : الحسن .

(٥) حديث حسن رواه الطبراني في الأوسط عن ابن عمر ، وهو في صحيح الجامع برقم : ٣٠٤٥ ، والصحيحة برقم : ١٨٠٢ .

والوجه الثاني - أنه يكفن في ثلاثة أثواب إقامة لشعار الدين في إكرام جثة المسلم .
والغرض ممّا ذكرناه أن الأصحاب فرقوا بين الكفن وبين ما نبقية للمفلس من دست
ثوب ؛ إذ أجمعوا على أن الثوب الواحد لا يكتفى به في حق الحي ، وفي الاكتفاء
بالثوب الواحد^(١) الساتر الخلاف الذي ذكرناه . والفرق أن الحي يراعى فيه ما يُبقي عليه
رتبته ومروءته ، والميت وإن شُرّع إكرامه ، فإلى البلى مصيره ، فليعرف الناظر قصدَ
الأصحاب في الفرق بين الباب والباب .

ولو مات عبده أو قريبه الذي يمونه ، فالكفن من المال العتيد ، كالنفقات الدارة .
والقول في تكفين هؤلاء كالقول في تكفين المفلس نفسه .

٤٠٢١- ولو ماتت زوجة المطلق الموسر ، ففي وجوب تكفينها على الزوج وجهان
مشهوران ذكرناهما . وإن كان الزوج مفلساً ، ففي وجوب التكفين الخلاف الذي
ذكرناه ، ولا معنى لتخيل الترتيب ؛ فإن كل مؤنة لا يشترط فيها اليسار مُخرجة من مال
المفلس بسبب الذين يمونها المفلس .

٤٠٢٢- ومما يتعلق بتمام البيان في الفصل أن المفلس لو كان مخدوماً ، وكان ألف
غلاماً يخدمه ، فالمنصوص عليه أنه يباع في الدين ، ونص في الكفارة^(٢) على أن ذلك
العبد غير محسوب على من عليه الكفارة ، ولا يلزمه [صرفه]^(٣) إليها ، واختلف
أصحابنا ، فمنهم من جعل في المسألتين قولين ، نقلاً وتخريجاً . والمذهب تقرير
النصين . والفرق من وجهين : أحدهما - أن العتق في الكفارة حق الله تعالى ،
وحقوق الله تعالى مبناها على المسامحة ، ومبنى حقوق الآدميين على الضيق .

والثاني - أن العتق له بدل في الكفارة ينتقل إليه ، ولا بدل للدين .

هذا قولنا في الخادم . ثم إن رأينا إبقاءه ، فليكن قريب القيمة ، لاثقاً بأحوال
المعسرين .

(١) أي الثوب الواحد في الكفن ، كما هو مفهوم من السياق .

(٢) (ت ٢) : الكفارات .

(٣) في الأصل : صرفها .

ولو لم يكن له خادم وكان ممن يُخدم ، فهل نشترى له خادماً ، كما نشترى له دست ثوب إن لم نصادفه ؟ فعلى وجهين : والأصح أنا نشتريه إن فرعنا على هذا الوجه الضعيف ، فظاهر المذهب أنا لا نبقي له خادماً ، بل نصرفه إلى الديون .

٤٠٢٣- فأما المسكن ، فهو أحق من الخادم إذا كان لائقاً بالحال ، ولم يكن رفيع القيمة ، وإبقاء المسكن أولى من إبقاء الخادم ، على كل حال ، سيما إذا كان الرجل ضعيفاً ذا عيلة . وذكر الخلاف في إبقاء المسكن للمفلس أقرب من ذكره في إبقاء الخادم ، لما أشرنا إليه من الفرق بينهما في حكم الحاجة . وذكر الخلاف على طريق النقل في احتساب المسكن على من لزمته الكفارة المرتبة أبعد من تقدير النقل في الخادم .

٤٠٢٤- وإذا أردنا جمع مقتضى ما أشرنا إليه من الفرق بين الخادم والمسكن في حق المفلس ، فالصيغة المشعرة بالمقصود أن نقول : في الخادم والمسكن في حق المفلس ش ٢٤٢ ثلاثة أوجه : أحدها - أنهما لا يبقيان له . والثاني / - أنهما يبقيان . والثالث - أنه يبقى المسكن دون الخادم . ومهما أبقينا له شيئاً مما ذكرناه ، اشترينا له إن لم نجده ، كدأبنا في الثياب .

فصل في

قال : « وإن أقام شاهداً واحداً على رجل بحق ولم يحلف مع شاهده . . . إلى آخره » (١) .

٤٠٢٥- قد سبق منا تمهيد هذا الأصل ، ولكننا نعيد تنبيهنا عليه للجريان على الترتيب ، فالذي نص عليه الشافعي أن المفلس لو ادّعى ديناً على إنسان ، وأقام شاهداً واحداً ، وامتنع عن الحلف معه ؛ فأراد الغرماء أن يحلفوا مع شاهده ، لم يكن لهم ذلك .

وقال الشافعي : « لو أقام الوارث شاهداً واحداً على رجل بدين للميت ، ولم

يحلف معه ، فأراد غرماء التركة أن يحلفوا ، لم يكن لهم ، كما ذكرناه في المفلس .
هَذَا نصه في الجديد . ونص في القديم على قولين في مسألة الوارث : أحدهما - أن
الغرماء يحلفون . والثاني - أنهم لا يحلفون .

فمن أصحابنا من ذكر في غرماء المفلس قولاً بنقل الجواب عن غرماء التركة^(١)
أنهم^(٢) يحلفون إذا لم يحلف المفلس . والصحيح الفرق بين المسألتين ، وقَطْعُ القول
بأن غرماء المفلس لا يحلفون ؛ فإن المفلس صاحب الواقعة ، وقد ادعى الدين
لنفسه ، فإذا امتنع عن اليمين من ادعى الحق لنفسه ، بعد تحليف غيره ، والدين في
مسألة الوارث يُدعى للميمت ، فكان حَلْفُ الغريم أقرب إذا فرض نكول الوارث .

٤٠٢٦- ومما يخرج على ما ذكرناه أنه لو لم يُقَمِّ المفلسُ والوارث شاهداً ،
ولكنهما ادّعى ، فحلّفنا المدعى عليه ، فنكل عن اليمين ، واقتضى الحال ردّ اليمين
على المدعي ، فنكل المدعي ، فهل يحلف الغريم^(٣) يمين الرد ؟ ترتيب المذهب فيه
كترتيب المذهب في اليمين مع الشاهد .

ولو ادعى الراهن أنه استولد الجارية المرهونة بإذن المرتهن ، والتفريع على أن
الاستيلاد لا يثبت دون إذنه ، فإذا أنكر المرتهن الإذن وحلّفناه ، فنكل ، فإن حلف
الراهن ، ثبت ما يبغيه ، وإن نكل ، فأرادت الجارية أن تحلف ، كان لها ذلك ، نصّ
عليه في الجديد والقديم قطعاً جوابه . والفرق بينها وبين الغريم في المفلس والوارث
ظاهر ، وذلك أنها صاحبة حق في تأكّد حق الحرية لها ،^(٤) وهذا في حكم حق ثبت
ناجزاً من غير تقدير توصل إليه^(٤) ، بخلاف الغريم ؛ فإن الدين لو ثبت لم يكن حقاً
له ، ولكنه قد يصير إليه بطريق الصرف .

٤٠٢٧- ومما يجب أن يُعْتَنَى به أن الأصحاب وإن ذكروا خلافاً في حَلْفِ الغريم ،
قالوا : لو لم يدّع المفلس والوارث ، لم يكن للغريم أن يدعي في المسألتين ابتداءً ،

(١) أي نقل ما قيل في غرماء التركة ، من أن لهم أن يحلفوا إلى غرماء المفلس .

(٢) أنهم أي غرماء المفلس .

(٣) (ت ٢) : المدعي .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

وإنما التردد فيه إذا سبقت الدعوى من الوارث والمفلس ، وأفضى الأمر إلى الحلف ، كما ذكرناه .

وكان شيخني [يصرح]^(١) بنقل الخلاف في أن الغريم هل يبتدىء الدعوى ؟ ويقول : الحلف تَلُو^(٢) الدعوى ، فمن ملكه ، لم يمتنع أن يملك الدعوى . وهذا وإن كان قريباً في المعنى ، فلم أره إلا له .

وقطع الأصحاب القول بأن الدعوى ممتنعة ، وإنما ذكروا الخلاف في الحلف إذا سبقت الدعوى من المفلس والوارث .

والمستولدة إذا ادعت عُلُقَةَ الاستيلاد ، والرَّقْ بعدُ مستمر عليها نظر ، فإن ادعته والمولى يبغي بيعها ، فحاولت دفعَ ذلك ، فالوجه قبول دعواها . وإن كان المولى لا يتعرض لبيعها ، ففي قبول دعواها على الابتداء ، والمولى صامتٌ غير متعرض تردّد ي ٢٤٣ ظاهر ، واحتمال بيّن ، مأخوذ من فحوى كلام الأئمة / .

٤٠٢٨- ومما يتعلق بتتمة الكلام في الفصل أن رجلاً لو ادّعى على المفلس ديناً ، فإن أقر به ، ففي قبول إقراره وردّه الخلاف الذي تقدم ذكره في تصرفات المفلس . وإن أنكر ، كان إنكاره مقبولاً على معنى أنه يبتدىء عليه تحليفه . فإن حلف ، انقطعت الخصومة إذا لم تكن بيّنة ، وإن نكل ، فهل تردّ اليمين على المدعي ؟ قال الأئمة : هذا يخرج على أن يمين الرد بمنزلة البيّنة في الخصومة ، أو بمنزلة إقرار المدعي عليه . فإن قلنا : إنها كالبيّنة ، حلفنا المدعي يمين الرد ، وقضينا بثبوت [الدعوى]^(٣) . وإن قلنا : إنها كالإقرار ، ورأينا التفريع على ردّ إقرار المفلس ، فلا تُثبت يمين الردّ حقّ المدعي حتى يثبت له مضاربة الغرماء .

وصورة يمين الرد تجري بلا خلاف . وإنما الكلام في تعلق حق المضاربة ناجزاً ، فإننا وإن رددنا إقراره في حق الغرماء في الحالة الراهنة ، لم نختلف في ثبوت موجب

(١) في الأصل : يصرف .

(٢) تلو الدعوى : أي تابع لها .

(٣) في الأصل : الإقرار .

إقراره في حق المفلس نفسه ، حتى يطالب به إذا انطلق الحجر عنه . وإذا كان كذلك ، فإجراء صورة يمين الرد تخرج على ما مهدناه من ثبوت حكم إقراره ^(١) على الجملة .

فَرَجَّحَ : ٤٠٢٩- نص الشافعي على أن الرجل لو كان وَهَبَ شيئاً في حالة الإطلاق ، ثم أفلس وحجر عليه ، فأثابه المتب عليه ما هو أكبر قيمة من الموهوب ، لم يلزمه القبول في حالة الحجر ، وإن أثابه ما ^(٢) هو أقل قيمة من الموهوب ، فله الرضا . وهذا يبتني على أصلٍ سنشرحه في الهبات ، إن شاء الله تعالى .

والوجه في النص في الهبة المطلقة ، والتفريع على أنها تقتضي الثواب . ثم إذا جرينا على هذا ، ففي مقدار الثواب خلاف ، وتفصيلٌ طويل ، فإن قلنا : الهبة المطلقة تقتضي المثل في الثواب من جهة المالية والقيمة ، فلا يجوز أن يرضى المفلس بما هو أقل من ذلك ؛ فإن المثل عوض مستحق . نعم ، لا يلزمه قبول الزائد على مقدار المثل .

وإن قلنا : للمتب أن يثيب بما شاء ، وإن قل وانتقص عن المثل ، فعلى هذا يخرج نص الشافعي « فإن زاد الثواب على المثل ، لم يلزمه القبول » ؛ فإن الزيادة غير مستحقة ، وليس على المفلس قبول الهبات والتبرعات . وإن كان الذي بذله أقل من المثل ؛ فإنه يقبله ؛ إذ لا يجب على المتب غيره ، والرجوع فيما نُثِبَته ونَثَفَيه إلى أصليين أحدهما أنه لا يجب على المفلس قبول التبرع ، وليس له أن يُسقط مستحقاً .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٢) (ت ٢) : بما .

بَابُ الْعُهُدَةِ فِي مَالِ الْمَفْلَسِ

٤٠٣٠- ذكر الشافعي رضي الله عنه في صدر الباب فصلاً ، قدمنا ذكره في تعلق الضمان بالعدل في الرهن ، والوصي ، والحاكم . ولا شك أن هؤلاء أمناء إذا تلفت أعيان الأموال في أيديهم من غير تقصير منهم . وغرض الشافعي التعرض لبيان المرجع في [عهدة]^(١) العقود .

فإذا باع العدل^(٢) في الرهن بالإذن ، وقبض الثمن ، وضاع في يده الثمن الذي قبضه ، ولم يكن وكيلاً من جهة المرتهن بالقبض ، فالثمن من ضمان المبيع عليه^(٣) ، وهو الراهن . وكذلك القول في الوصي^(٤) ، إذا باع مالاً ، فضاع الثمن من^(٥) يده ، فهو من ضمان المبيع عليه . ولو فرض استحقاق في المبيع ، ففي تعلق الضمان بالعدل ، والوصي ، والقيم ، والحاكم ، التفصيل المقدم في كتاب الرهن ؛ فلا حاجة إلى إعادته .

٤٠٣١- والذي يختص بغرض الباب أنا إذا بعنا عيناً من أعيان مال المفلس ، وقبضنا الثمن ، وخرج المبيع مستحقاً ، فإن كان عين الثمن باقية^(٦) قائمة ، فلا شك أن المشتري يرجع فيها ، وإن كنا سلمناه إلى الغريم ، اتبعها المشتري ، ولو تلفت في ش ٢٤٣ يده ؛ فإنه يضمّن الغريم لا محالة ، فإن عين ماله/ تلفت في عقد ضمان في يد إنسان ، فله اتباعه بالتغريم .

(١) في الأصل : عهد .

(٢) (ت ٢) : العبد .

(٣) «عليه» الضمير يعود على الراهن، كما فسره بقوله: «وهو الراهن»، فالعدل يبيع (الرهن) عليه، أي من أجله، أو عنه . فلا ضمان على العدل ؛ فإنه أمين، وإنما الضمان على الراهن .

(٤) (ت ٢) : لو أوصى .

(٥) (ت ٢) : في .

(٦) ساقطة من (ت ٢) .

٤٠٣٢- ولو تلف الثمن في يد الحاكم ، وقد تمهد أن الضمان لا يتعلق بالحاكم ، فللمشتري الرجوع ، وظاهر النص أنه يُقدّم بمبلغ الثمن ، ولا يحمل على المضاربة . ونقل الربيع وحرمله أنه أسوة الغرماء ، فيضاربهم . فمن أصحابنا من قال : في المسألة قولان : أحدهما - أنه لا يتقدّم في رجوعه ؛ لأنه دين في ذمة المفلس كسائر الديون . ومن أصحابنا من قطع القول بأنه يقدم ؛ لأننا لو لم نقدمه ، لامتنع الناس عن معاملة المتصرفين في أموال المفاليس ، وسيبيل كل دين يتعلق بمصلحة المفلس حالة الحجر أن يقدم ، ولذلك تُقدّم أجره الدّالّين ، والمتصرفين ، على حسب الحاجة في الأموال العتيدة التي اطرد الحجر عليها . وكذلك القول في أعواض المؤن الثابتة في حالة الحجر ، فلتكن عُهدة البيع المنشأ لمصلحة التصرف في مال المفلس مقدّمة أيضاً .

والدليل عليه أنا لو راعينا قياس الديون في المضاربة ، للزم أن نقول : لا يضارب الغرماء أيضاً ؛ فإن حقه متجدد بعد جريان الحجر ، والذي يقتضيه قياس الباب أن الدين الحادث بعد الحجر لا يُقدّم [ولا]^(١) يضارب به أصلاً .
فهذا منتهى القول في ذلك .

* * *

(١) في الأصل : لا يقدم أو لا يضارب . وفي (ت ٢) : يقدم ولا يضارب . والمثبت تقدير منا رعاية لسياق الباب .

باب حبس المفلس

٤٠٣٣- مضمون هذا الباب ثلاثة فصول : أولها - في قاعدة الحبس .

والثاني - في إثبات الإعسار .

والثالث - في مسافرة من عليه الدين .

فأما : الفصل الأول ، فنقول :

٤٠٣٣ م- إذا ثبت الحق ، وتعذر استيفاءه ، لم يخل إما أن يكون التعذر بسبب الإعسار والفلس ، وإما أن يكون بسبب امتناع من عليه الحق من تأديته . فإن كان بسبب الفلس ، فحكم الله تعالى إنظار المفلس ، وإزالة التعرض عنه إلى ميسرة ، قال الله تعالى ﴿ وَإِنْ كَانَتْ دُوْعُسْرَقَ فَنَظَرُهُ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] الآية .

وإن امتنع من عليه الحق من أداء ما عليه مع القدرة ، فهو ظالم ، مندرجٌ تحت قوله صلى الله عليه وسلم : « مطل الغني ظلمٌ » « ليّ الواجد ظلم »^(١) ثم القاضي إن وجد له مالاً ، وقد تحقق امتناعه ؛ فإنه يملك بيعه وصرفه إلى دينه ، ولا حاجة إلى ضرب الحجر عليه ، بل يتندر البيع ؛ فإن منصب الولاية يقتضي استيداء^(٢) الحقوق ، وإيفاءها على مستحقيها ، على ما يساعد الإمكان فيه .

(١) الحديث بلفظ «لي الواجد» أخرجه من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه أبو داود في الأفضية ح٣٦٢٨ ، والنسائي : بيوع ، باب مطل الغني ، ح٤٦٨٩ ، وابن ماجة : صدقات ، باب الحبس في الدين : ١١١/٢ ح٢٤٢٧ ، وابن حبان : ٢٧٣/٧ ح٥٠٦٦ ، والحاكم : ١٠٢/٤ ، وصححه ، ووافقه الذهبي ، وانظر التلخيص : ٨٩/٣ ح١٢٤٨ ، شرح السنة : ٨/١٩٥ .
وبلفظ «مطل الغني» : أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري : في أول الحوالة ، ح ٢٢٨٧ ، ومسلم : المساقاة ، باب تحريم مطل الغني ، ح ١٥٦٤ .

(٢) (ت ٢) : استيفاء . والاستيداء : طلب الأداء ، والمعنى : أن منصب الولاية يقتضي تحصيل الحقوق ، وإعطاءها لمستحقيها .

٤٠٣٤- ومنع أبو حنيفة بيع العروض والسلع في الديون ، وناقض ، فجوز بيعها في بعض النفقات ، وسوغ على العموم صرف الدراهم إلى الدنانير ، وصرف الدنانير إلى الدراهم^(١) . ولا فصل عندنا .

٤٠٣٥- ولو لم يظهر للممتنع مالٌ ، وأشكل الأمرُ ، فحكم الحال الحبس .

هكذا ما درج عليه الأولون ، ومضى عليه الحكم ، والحبس في نفسه عقوبة . ولكن قد يقع حيث لا يُستيقن استحقاق الممتنع العقوبة ؛ من جهة أن الممتنع إذا لم يثبت يساره ، وادعى الإعسار ؛ فإننا نجوز صدقه ، ومع تجويز ذلك نجسه ، والسبب فيه أن إطلاقه تضييع لحق المدعي من غير ثبوت ، فلا وجه لإلجائه إلى البيان . وليس الحبس إيلاماً في الحال ، فالمسلك القصد يقتضيه لا محالة .

٤٠٣٦- ولو تحقق القاضي ظلم من عليه الحق في امتناعه ، وعلم أنه متمكن من تأدية ما عليه - وقد يظهر ذلك بإقراره أو بجهة أخرى ، على ما سيأتي الشرح عليه ، إن شاء الله تعالى - فالأمر وقد ظهر العناد مفوض إلى رأي القاضي ، فإن أراد أن يعزّره حتى يُظهر المال ، فله ذلك ، ولا مزيد على الحبس مع اليسر ، وإن ظهر العناد ، فللقاضي أن يزيد على الحبس ويعزّره .

وقد نص الشافعي في نكاح المشركات على [أن]^(٢) من / أسلم على أكثر من أربع ، ٢٢٤ ي وأوجبنا عليه أن يختار أربعاً ، وحبسناه لذلك ، فإن تمادى على امتناعه ، فللقاضي أن يعزّره . وسبب التعزير امتناعه عن حق محتوم عليه مع الاقتدار عليه .

وإنما خصص الشافعي هذه الصورة بذكر التعزير ، لظهور العناد فيه ، وتبين الاقتدار على الاختيار ، فمهما ظهر العناد في الحقوق المستحقة ، كان الأمر على ما ذكره الشافعي في نكاح المشركات .

(١) الذي ذكره إمامنا هو قول أبي حنيفة ، حيث يرى أن استيفاء الديون تكون من جنسها ، واستثنى من ذلك ما إذا كان للدائن دنانير والمديون يملك دراهم ، أو العكس ، فأجاز بيع هذه بتلك ؛ لاتحادهما في الثمنية ، وخالفه صاحبه ، والفتوى بقولهما . (ر . مختصر الطحاوي : ٩٥ ، ٩٦ ، وحاشية ابن عابدين : ٩٥/٥ ، ورؤوس المسائل : ٣١١ مسألة ١٩٨) .

(٢) ساقطة من الأصل .

ثم التعزير المتعلق بالنظر العام والاستصلاح ، موكول إلى رأي الإمام ، ولسنا نعني بذلك أنه يتخير فيه ، بل يجتهد ، ويرى رأيه ، ويسلك المسلك الأقصد . وقد يختلف ذلك باختلاف مراتب الخلق : فذو اللدد ، والعناد ، قد لا يكثرث بتطويل^(١) الحبس ، وقد يعلم القاضي ، أو يظن أن الغرض يحصل بالحبس المحض ؛ فليجر على ما يقتضيه الحال .

٤٠٣٧- ثم التعزير لا يبلغ مبلغ الحد ، على ما سنصف المذهب فيه في كتاب الحدود .

وقد يقتضي الحال تعزيرات في أوقات يبلغ مجموعها حداً ، أو يزيد ، فليفعل ما يراه . والاستمرار على الامتناع على ممر الأوقات في حكم أسباب متجددة ، يقتضي تجديد التعزيرات . ولا يغفل فيما يأتيه من ذلك عن^(٢) ترك الموالاة وما في معناها . فإذا بلغ التعزير مبلغاً ، وكان أثره ظاهر البقاء ، فليصبر إلى الاستقلال وظهور البرء . ونحن قد نرعى ذلك في إقامة حدود الله تعالى على شخص واحد ، فما الظن بتعزيرات موكولة إلى الاجتهاد لا يُقضى بتعينها^(٣) ؟

الفصل الثاني من الباب

٤٠٣٨- إذا ادعى من عليه الحق الفلس والإعسار ، لم يخل : إما أن يكون له بينة ، وإما ألا تكون . فإن وجد بينة ، أقامها ، كما سنذكر الوجه فيها . وإذا قامت ، وجرى البحث عن التعديل ، فلا يسوغ عندنا إدامة الحبس بعد ذلك ؛ فإنه على الجملة من قبيل العقوبات . وقد يرى الوالي التعزير به وحده .

وقال أبو حنيفة : لا يُصغي القاضي إلى البينة على الإعسار ، حتى يمضي أمداً^(٤) ،

(١) (٢ ت) : بطول .

(٢) (٢ ت) : على .

(٣) (٢ ت) : يفضي بقيتها إلى الهلاك .

(٤) عبارة الأصل : يمضي أمداً (فيه) . وفي (٢ ت) : يمضي مدة .

ثم اختلف قوله فيه ، فقال مرة : لا بُدَّ من مضي شهرين ، وقال مرة : أربعين يوماً ، أو خمسين ، وقال مرة : أربعة أشهر^(١) . ونحن لا نرعى شيئاً من ذلك ، ونُصغي إلى البينة ، ونقضي بها من غير تأخير .

٤٠٣٩- ثم نتكلم وراء ذلك فيما يتعلق بحق الشاهد وتحمله ، ونذكر بعده نظر القاضي في أحوال الشهود على الإعسار .

فأما الشاهد ، فلا يحل له أن يشهد على الإعسار بظاهر الحال ؛ فإن الأموال في وضع الجبلات تخفى ولا تظهر ، لهذا حكم العادة الغالبة ، فليبحث من يتحمل هذه الشهادة عن الباطن وليسبر حال المشهود له ، ولا يخفى طريق البحث في كل باب على الخبير .

هذا قولنا في الشاهد .

٤٠٤٠- فأما الكلام في نظر القاضي ، فقد قال الشافعي : لا ينبغي له أن يقبل هذه الشهادة إلا من أهل الخبرة الباطنة ؛ والسبب فيما افتتحناه من ذلك أن مستند الشهادة على الإعسار النفي ، ولو جرينا على قياس الشهادات ، لم نقبلها ، فإن النافي لا يكون مثبتاً ، ولا يستمكن من ادعاء العلم بالنفي . ولهذه الشهادة نظائر : منها الشهادة على أن لا وارث للمتوفى سوى من حضر ، وهذه الشهادة متعلقة بالنفي ، مقبولة من أهل الخبرة الباطنة ، ومنها الشهادة على تعديل الشهود ؛ فإن متضمنها نفي الأسباب المخرجة عن العدالة ، ويلزم قبول هذه الشهادات ، ولا مستند لها إلى اليقين قطعاً ، للضرورة ، ومسيب الحاجة ؛ فإن تخليد الحبس ، وتأييد وقف الميراث محال ، والتعديل عماد القضاء ، ولا يتصور فيه إلا المسلك الذي ذكرنا ، فيلتحق عندنا بما/ ٢٤٤ش ذكرناه الشهادة على الأملاك ؛ فإنها لا تنتهي إلى يقين قط ، وإنما غايتها بناء الأمر على ظواهر يصفها العلماء ، من اليد ، والتصرف ، وغيرهما . ولكن لا بد من الاكتفاء بما ذكرناه ؛ إذ الحاجة ماسة ، ومنتهى الإمكان ما أشرنا إليه ، فكأننا نشترط استناد الشهادة إلى اليقين فيما يمكن اليقين فيه ، كالأقوال ، والأفعال التي يتعلق بها الحواس .

ولا مزيد على ما ذكرناه ؛ فإن أسرار الشهادات المذكورة في كتابها .

٤٠٤١- ومن لطيف الكلام في ذلك أن كل ما تستند الشهادة فيه إلى اليقين ، فلو علمه القاضي بنفسه ، اختلف القول في جواز قضائه بعلمه . ولو انتهى القاضي فيما لا علم فيه ، إلى منتهى يشهد فيه ، كالأصول التي ذكرناها ، فلا يحل له القضاء . وإن كان يحل له أن يشهد بما أحاط به ، وظهر عنده ، فليتأمل الناظر هذا ؛ فإنه من أسرار القضاء .

٤٠٤٢- وتامم البيان في الفصل يتعلق بتردد الأصحاب في أمر ذكره : وهو أن القاضي إن علم أن الشاهد من أهل الخبرة الباطنة في الإعسار ونظائره ، [قبل^(١)] شهادته ، وإن لم يتحقق ذلك عند القاضي ، [ولكن^(٢)] ذكر الشاهد أنه خبر باطنه ، وهو عدل رضاء ، كفى ذلك ، فإنه قد يعتمد في شهادته ، كما يعتمد في ذكره أنه من أهل الخبرة الباطنة . وإن أطلق الشهادة على الإعسار ، ولم يتبين للقاضي من جهة بحثه ، ولا من جهة ذكر الشاهد^(٣) أنه من أهل الخبرة ، فيتوقف لا محالة . هكذا ذكره الأئمة .

والشهادة على الملك وإن كانت لا تستند إلى يقين مقبولة على الإطلاق من العدل الموثوق به ، وليس على القاضي بحث عن أسباب تحمّل الشهادة ، والسبب فيه أن تلك الأسباب ثابتة ، من اليد ، والتصرف ، ولا يُظن بالشاهد إلا الثبوت . والإعسار وانتفاء الوارث وعدم الأسباب المخرجة عن العدالة نفى محقق ، وعلى الناظر في هذا مزيد بحث ، سيأتي الشرح عليه في الشهادات ، إن شاء الله تعالى .

٤٠٤٣- ومما يليق بهذا أن الإعسار يثبت بشهادة شاهدين مع الاحتياط الذي ذكرناه . وذكر بعض المصنفين لفظاً مضمونه أنه لا بد من ثلاثة شهود ، وهذا خرق^(٤) عظيم ، وخروج عن الضبط ، ولعله أراد أن القاضي إن بدا له أن يستظهر بالعدد ، فعل ، لما حققناه من إشكال الإعسار .

(١) في الأصل : قبلت .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٤) خرق : حمق (معجم) .

وفي [استظهار القاضي]^(١) بعدد الشهود كلام طويل لا نخوض فيه .

ثم قال الشافعي : إذا قامت البينة على الإعسار ، حلفنا الشهود بإعساره مع البينة ، وخالف أبو حنيفة^(٢) فيه .

واختلف أصحابنا في أن هذا التحليف هل يقف على استدعاء الخصم ومساأله ؟ منهم من قال : إنه موقوف على الاستدعاء والمسألة ، وهو من حق الخصم . ومنهم من قال : إنه من أدب القضاء ، فيتحتم على القاضي التحليف ، وإن لم يسأله الخصم ، إلا أن يقنع الخصم ، ويبيد الرضا بإطلاقه ، فلا إشكال إذا .
هذا كله إذا أقام بينة على الإعسار .

٤٠٤٤- فأما إذا قال : أنا معسر ، وليس يشهد على إعساري أحد ، فكيف خلاصي من هذا الحبس ؟ قال الأصحاب : إن عُرف له يسار سابق ، فلا سبيل إلى إطلاقه ، والحالة هذه ، ما لم تقم بينة على زوال اليسار ؛ فإن الظاهر بقاؤه ، والغالب استمكانه من إثبات زوال أسباب اليسار . فإذا لم يُقم بينة ، ظهر كذبه .

وإن لم يعرف له يسار سابق ، فادّعى الإعسار ، ففي قبول قوله مع يمينه أوجه : أحدها - أنه يُقبل ؛ إذ الأصل الفقر . والثاني - لا يقبل ؛ لأن الظاهر من حال الحر أن يملك شيئاً ، وإن قل ، ويندرُ حرٌّ لا ملك له . والثالث / - أنه إن التزم الدين باختياره^{٢٤٥} ي مثل مال الضمان ، والصّدق ، فلا يُقبل قوله ؛ لأن الظاهر أنه لا يلتزم باختياره مالا إلا مع التعويل على ملكٍ وافٍ به . وإن لزمه ضمانٌ من غير اختيار ، قبل قوله في دعوى الإعسار .

هذه الأوجه [الثلاثة]^(٣) هي التي عليها التعويل .

٤٠٤٥- وذكر أصحابنا وجهاً رابعاً ، نسوقه على وجهه ونبيّن اختلاله ، قالوا : من أصحابنا من قال : كل دين لزمه عوضاً عن مالٍ ، فلا يقبل فيه دعوى الإعسار ، وما لم

(١) في الأصل : الاستظهار للقاضي .

(٢) ر . الاختيار : ٩٠ / ٢ .

(٣) مزيدة من (٢) .

يكن عوضاً عن مالٍ ، يقبل فيه دعوى الإعسار ، وهذا ليس وجهاً رابعاً ؛ فإننا حكينا وفاق الأصحاب في أنه لو ثبت له ملك ، لم تقبل دعوى الإعسار منه بتقدير زوال اليسار ، وإذا كان هذا متفقاً عليه ، فكأن هذا القائل في تفصيله جمع بين صورة الإجماع وبين قبول قوله مطلقاً في غير محل الإجماع .

وقد يخطر للفتية حملُ هذا الوجه الرابع على دين ثبت [عوضاً]^(١) ، وكان ملتزماً يدعي أنه لم يقبض^(٢) المعوَّض ، فإن كان ذاكر^(٣) هذا الوجه منزَّله على هذا التقدير ، لا على الاعتراف بقبض المعوَّض ، وادعاء تلفه ، فهذا على حالٍ وجهٌ ضعيف ؛ فإنه إذا ثبت الملك في المعوَّض ، فالظاهر قبضه ، ونحن إنما لا نقبل قول من سبق له يسارٌ ، بتأويل ادعاء [زواله]^(٤) ؛ من جهة أن قوله يظهر الخلف فيه ، وزوال اليسار ممكن ، فعدم قبض المبيع بهذه المثابة . والعلم عند الله تعالى .

٤٠٤٦- ووراء هذه الأوجه نوعان من الكلام ، يحصل بهما تمام الغرض .

أحدهما - أنا إذا قلنا : يُقبل قول المعسر مع يمينه ، فلست أرى قبولَ قوله مع اليمين بداراً ، فيظهر عندي مسلك أبي حنيفة^(٥) في الثاني مع البحث الممكن عن أحواله ، غير أن ما ذكره أبو حنيفة مع البيئـة^(٥) باطل عندنا ؛ من جهة أننا نحمل كلام الشهود على صدوره عن بحث منهم ، فإذا شهدوا ، وجب الاكتفاء بشهادتهم . أما إذا لم تكن بيئـة ، وكان الرجوع إلى قول المدَّعي ويمينه ، فيظهر أن يبحث القاضي عن بواطن أمره ، وليس ذلك بعيداً عن الإمكان . وهذا يقرب عندي من قول الشافعي في الفاسق : إذا تاب ، استبرأته أشهراً ،^(٦) فإن التوبة مأخوذة من قوله ، فرأى الشافعي معه الاستبراء^(٦) نعم ، لست أنكر فرقاً بين الأصلين ؛ فإن يمين المعسر بمثابة الجحد .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) (ت ٢) : يقبل .

(٣) (ت ٢) : ذكر هذا الوجه ، فنزله .

(٤) في الأصل : يساره .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٦) سقط من (ت ٢) ما بين القوسين .

والذي ذكرته لست أعزيه إلى نقل . وفي كلام الأصحاب ما يدل عليه ، وظاهر النقل يُشعر بالبدار إلى قبول قوله مع يمينه ، حيث يقبل قوله .
فهذا أحد النوعين .

٤٠٤٧- والثاني - أنا إن قلنا : لا يقبل قوله ، والمحبوس غريب لا يتوصل إلى إثبات^(١) إعساره بيّنة ، فتخليد [حبسه]^(٢) شديدٌ عندي . والذي أراه فيه أن السلطان يوكل به من يبحث عن منشئه ، ومولده ، ومنقلبه ، ويتناهى في البحث جهده ، ثم يُسوِّغ المفتون للباحثين أن يشهدوا ، هذا لا أرى منه بداً ، والعلم عند الله تعالى .

٤٠٤٨- ومما يتعلق بهذا الفصل أنه لو أقام البيّنة على الإعسار ، فأقام مستحق الدين بيّنة على أنه كان في يده مالٌ ، فاعترف بكونه في يده ، وقال : كان لفلان في يدي وديعة ، فإن نسبته إلى حاضرٍ ، قبل قوله بلا يمين ، وإن كان غائباً ، حُلِّف . وهذا من معاصات كتاب الدعوى .

فإذا ادعى رجل على رجل مالا في يده ، فقال المدعى عليه : المال لفلانٍ ، وليس لي ولا لك ، فالقول في تقاسيم هذا الفصل وجوابه غمرة كتاب الدعوى وسنذكره إن شاء الله تعالى .

والقول الذي يليق بما نحن فيه ما أشرنا إليه ، فإن تفرّق^(٣) فكر الناظر في جواب / ٢٤٥ ش الفصل ، فلينظر شرحها ، وليطلبه من موضعه .

٤٠٤٩- وإذا^(٤) ثبت الإفلاس وجب الإطلاق ، فلا حبس على معسر ، ثم لا يجوز التعرض له إلى^(٥) أن يُفيد مالا ، فإن صرفه إلى دينه ، فذاك ، وإن أبى ، رفع إلى مجلس القضاء ، وجُمِل على تأدية الدين من المال الذي أفاده ، بالحبس وغيره ، على ما تفصّل .

(١) (٢) : ثبوت .

(٢) في الأصل : إعساره .

(٣) (٢) : تفريق .

(٤) (٢) : فإذا .

(٥) (٢) : إلا .

٤٠٥٠- والمحجور عليه المفلس إذا صرف القاضي أمواله الموجودة إلى غرمائه ، فهل يرتفع الحجر عنه أو لا بد من أن يفكه الحاكم ؟

في المسألة وجهان : أحدهما - لا بد من رفع الحاكم ؛ فإن ذلك يتعلق بالنظر والبحث والاجتهاد ، فكما لا يثبت الحجر إلا بضرب السلطان [كذلك]^(١) لا ينفك إلا بفكه .

والوجه الثاني - أن الحجر [ينفك]^(٢) ؛ فإن سببه صرف ما كان له من مال إلى ديونه ، فإذا انتجز ذلك ، لم يكن للحكم باستمرار الحجر - وقد زال سببه - معنى .

٤٠٥١- والسففيه إذا ظهر صلاحه في الدين ، وإصلاحه المال^(٣) ، فلا ينطلق الحجر عنه إلا بإطلاق القاضي ، كما سنذكره في كتاب الحجر ، إن شاء الله تعالى . والسبب فيه أن الحجر نظرٌ للسففيه ، والحق فيه له ، ونظر السلطان قائم ، والأمر موقوف إلى إظهاره انطلاق الحجر عنه . وسيأتي هذا في كتاب الحجر ، إن شاء الله تعالى .

٤٠٥٢- وأما المجنون إذا أفاق ، فلا شك في ارتفاع الحجر عنه ؛ فإن الجنون وارتفاعه لا يتعلقان بالنظر والاجتهاد ، وسنستقصي القول فيمن عدا المفلس من المحجورين في كتاب الحجر ، إن شاء الله تعالى .

ومن تمام القول في ذلك أن الغرماء لو قالوا : رفعنا الحجر عنك ، والحق لا يعدونا ، ففي ارتفاع الحجر من غير رفع الأمر إلى القاضي ترددٌ للأصحاب ، يدل عليه تلويحاتهم ، ومرامزهم ، فيجوز أن يقال : يرتفع الحجر لما ذكرناه من أن الحجر كان بسببهم ، وهم مطلقون لا تولي عليهم ، وهم في الأموال تحت الحجر كالمرتهن في العين المرهونة^(٤) .

ويجوز أن يقال : لا بد من الرفع إلى القاضي ، فقد يظهر غريم غيرهم ، والأمر فيه مربوط بنظر الوالي ؛ فإنه النائب عن كل غائب .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في الأصل : يفك .

(٣) (ت ٢) : للمال .

(٤) أي الأمر إلى المرتهن في الإذن ببيعها والتصرف فيها ، وردّها إلى الراهن .

٤٠٥٣- وذكر الشيخ في الشرح مسألة تتعلق بما نحن فيه : وهو أنه لو باع المفلس جميع ماله من غريمه ، ولا نعرف غريماً سواه . قال صاحب التلخيص : يصح بيعه ، قطع جوابه به ؛ فإن الحجر بسبب هذا الغريم . فإذا دار العقد بينهما ، وصدر عن تراضيهما ، فلا وجه إلا تصحيحه .

قال الشيخ أبو علي: كان يدور في خلدي إمكان خلاف في ذلك ، حتى رأيت للشيخ أبي زيد وجهاً آخر في ذلك : أنه لا يصح البيع من الغريم من غير مرافعة القاضي ، وما ذكرته من التردد في رفع الغريم الحجر^(١) عن المحجور عليه من غير مراجعة القاضي ، مأخوذ من هذه المسألة .

٤٠٥٤- ولما حكى الشيخ التردد في البيع من الغريم بالدين الذي له على المحجور ، حكى بعده أن المحجور لو باع ماله من غريم^(٢) بعين آخر ، ولم يبعه منه بالدين الذي له عليه ، فلا يصح هذا ، وإن صدر عن الرضا^(٣) .

وكذلك قال : لو باع المحجور بإذن الغريم ماله من أجنبي ، لم ينفذ . وإنما حكى عن صاحب التلخيص وأبي زيد المروزي الخلاف فيه إذا باع المحجور عليه ماله من الغريم بالدين . والذي ذكره الشيخ من الوفاق لا يساعده عليه ، ونفوذ البيع بإذن الغريم على نهاية الظهور في الاحتمال . ثم وجه تخصيص الخلاف بالبيع بالدين ، أن ذلك يتضمن سقوط الدين ، وفي سقوطه انطلاق الحجر ، وفي البيع بغير الدين اطراد الحجر ، وكذلك / في البيع من الأجنبي . وما ذكرته من رفع الحجر ينطبق على البيع^(٤) بالدين لا محالة .

وقد نجز الفصل الثاني من الفصول الثلاثة .

(١) ساقطة من (٢) .

(٢) (٢) : غريمه .

(٣) عبارة (٢) : . . عن الرضا بالدين الذي عليه .

(٤) (٢) : المبيع .

الفصل الثالث

قال : « وإذا أراد الذي عليه الحق إلى أجل السفر . . . إلى آخره »^(١) .

٤٠٥٥- من عليه دينٌ حالّ ، ولم يثبت إعساره ، إذا هم بالسفر ، استمكن مستحق الدين^(٢) من منعه من المسافرة .

وحقيقة القول في ذلك أنه لا يمنعه عن السفر في عينه منع السيد عبده ، والزوج زوجته ، ولكنه يتمكن من شغله عن السفر ، برفعه إلى مجلس الحكم ، والتشبيث به إلى توفية الحق .

٤٠٥٦- ولو كان الدين مؤجلاً ، لم يمتنع على من عليه السفر ؛ إذ ليس^(٣) لمستحق الدين التشبيث به قبل حلول الأجل .

وهذا مطردٌ في الأسفار ، خلا سفر الغزو ؛ فإن أصحابنا اختلفوا فيه ، فذهب بعضهم إلى أنه يجوز منعه ؛ فإن مسيره ومصيره إلى مصرعه ، وهو سببٌ لحلول الدين . وهذا بعيدٌ ، لا أصل له .

والأصح أنه لا يمتنع على من عليه الدين المؤجل أن يسافر نحو الغزو ؛ فإن النظر إلى الحال .

٤٠٥٧- ولو همّ من عليه الدين المؤجل بالسفر ، فساوقه مستحق الدين ، عازماً على أن يلزمه حيث يحل الدين ، فلا يمنع من الخروج معه ، إذا كان لا يؤذيه إيذاء المراقب ، والجاذة^(٤) مطرق الخلق .

٤٠٥٨- ولو قال مستحق الدين المؤجل لمن عليه الدين : لا تسافر حتى تعطيني كفيلاً بالدين أو رهناً ، لم يكن على من عليه الدين إسعافه ، خلافاً لمالك^(٥) .

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٣ .

(٢) (ت ٢) : الحق .

(٣) (ت ٢) : وليس .

(٤) الجاذة : الطريق . ومطرق مكان الطريق ، والطروق . (معجم) .

(٥) ر . القوانين الفقهية لابن جزي : ٣١٤ .

ولو قال لمن عليه الدين : أشهد على ديني ، فالذي قطع به الأصحاب أنه لا يلزمه ذلك ، وهو الذي اختاره صاحب التقريب أيضاً . وحكى وجهاً غريباً أنه يلزمه إجابته إلى الإشهاد . وهذا لا أصل له ، فلا أعده من المذهب .

فَرَجٌ : ٤٠٥٩- إذا أراد الإنسان أن يدعي ديناً مؤجلاً على إنسان ففي قبول دعواه قبل حلول الأجل وجهان : أحدهما - أنه لا يقبل ؛ فإنه لا يملك المطالبة به ، فكيف يملك الاستعداد والرفع إلى مجلس القضاء . ومن أصحابنا من قال : تُقبل الدعوى ؛ فإنه ينبغي به التسبب إلى إثبات ملك له ، فليملك ذلك ، وإن كان لا يتوصل إليه في الحال .

فإن قلنا : الدعوى بالدين المؤجل مقبولة ، فلا كلام ، وإن قلنا : إنها غير مقبولة ، فعلى من يدعي الدين الحال أن يصرح بذكر الحلول ، أو يقول : لي عليك ألف يلزمك تسليمه إلي . فإن قال ذلك ، وكان الدين مؤجلاً ، فللمدعى عليه أن يقول : لا يلزمي تسليم ما ادّعيته .

٤٠٦٠- وكشف القول يستدعي مزيد بيان مأخوذ من الاختلاف في مسألة ، وهي أن الرجل إذا أقرّ بألف مؤجل ، فهل يقبل قوله في الأجل أم يؤخذ بالألف حالاً ، والقول قول المقر له في نفي الأجل مع يمينه ؟ فيه قولان سيأتي ذكرهما إن شاء الله تعالى ، في كتاب الأقارير .

فإن قلنا : لا يقبل قوله في الأجل لو أقر بالدين المؤجل ، فيكتفى منه - والحالة هذه - أن يقول : لا يلزمي التسليم ، ويحلف عليه .

وإن قلنا : لا يؤخذ بالألف حالاً لو اعترف به مؤجلاً ، فوراء ذلك نظراً ، يجب الثبوت فيه . وهو أنا إذا فرعنا على أنه لا يؤخذ بالألف حالاً ؛ فلو قال المقر له : حلفوني أحلف على نفي الأجل ، قلنا : لا يكتفى منك بهذا ؛ فإننا نفرع على أنه غير مؤخذ بالألف ، وما ذكرته موجب المؤاخذه ؛ فإنه على قول المؤاخذه كان لا يعجز عن تحليفك ، فكأننا نقول : لا يلزمه إلا ما اعترف به ، والمعتزف به دين مؤجل .

فإذا ثبت هذا ، عدنا إلى غرضنا قائلين .

٤٠٦١- إن حكمنا بأنه/ يؤاخذ بالألف حالاً ، وقد ادعى المدعي الألف حالاً ، ولو اعترف المدعى عليه بالألف المؤجل ، لكان مؤاخذاً بالألف حالاً . وغاية مضطربه أن يحلف المقر له ، فعلى هذا يكفيه أن يقول في جواب الدعوى : لا يلزمني تسليم ما ادّعيته ، ولا يحلف إلا على هذا الوجه .

وإن قلنا : لو أقر بالدين المؤجل ، لم يؤاخذ بالألف حالاً ، فهل يقنع منه بأن يقول : لا يلزمني تسليمه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يُقنع منه بذلك ؛ فإن مقصود الدعوى مطالبة المدعى عليه ، فإذا أنكر وجوب التوفية ، وحلف عليه ، فقد تعرض لمضادة مقصود الدعوى .

ومن أصحابنا من قال : عليه أن ييوع . فإن لم يكن أصل^(١) للدين ، فليصرح بنفيه في الإنكار، وإن^(٢) كان^(٣) الدين ولكنه مؤجل ، فليقر به مؤجلاً .

٤٠٦٢- ومما يتعلق ببيان ما نحن فيه : أن من اعترف بإعسار إنسان ، وأراد أن يدعي عليه ديناً ليثبت عليه توقع مطالبته به إذا أفاد مალأ ، ففي سماع ذلك خلافٌ مضاهٍ لما ذكرناه من دعوى الدين المؤجل . وهذه الصورة أولى بأن لا تُقبل الدعوى فيها ؛ فإن زوال العسر لا ينتهي له بضبط . وليس كالأجل .

٤٠٦٣- وذكر الأئمة في الدعوى على العبد في دين متعلق بذمته تردد^(٤) أيضاً .

٤٠٦٤- وقد اشتمل كلامنا على ثلاث مراتب : المرتبة الأولى في الدين المؤجل ، والثانية - في الدعوى على المعسر مع الاعتراف بإعساره ، والثالثة - وهي أبعداها ، وأولاهها بالرد الدعوى على العبد بذن متعلق بذمته على ارتقاب العتق وزوال الرق .

* * *

(١) (ت ٢) : له أصل .

(٢) (ت ٢) : فإن .

(٣) (كان) هنا تامة : والمعنى إن وجد الدين ، ولكنه مؤجل .

(٤) في النسختين : تردد .

كتاب الحجر

٤٠٦٥- الحجر هو المنع ، وكل تحريم حجر في الشرع . والحجر في اصطلاح الفقهاء ما يتضمن المنع من التصرف .

والأسباب المقتضية للحجر : الجنون ، والصبا ، والرق ، والسفه ، والفلس .
فأما المجنون ، فلا استقلال له ، وأمره مفوض إلى القوام عليه . والجنون يسلب حكم أقوال المجنون بجملتها . والصبا يضاهي الجنون في سلب الأقوال الملزمة ، وعليه نبينا منع إسلام الصبي على المذهب الظاهر ، والصلاة تنعقد منه ؛ لأنها ليست لازمة . وفي إحرامه احتياط في المذهب بيّناته في المناسك . والفرق بين الإسلام والإحرام عسر .

٤٠٦٦- وأما الحجر بالرق ، فثابت . وقد أنكر بعض أصحابنا عدّ الرقيق من المحجورين ، وقال : إنه لا يملك شيئاً ، فلم يتصرف . وهذا لا أصل له . ووجه منعه بيّن ، والقول في ذلك لا يشير إلى فقه .

وتصاريف أحوال العبيد تنقسم ثلاثة أقسام : قسم - لا ينفذ منه ، وإن أذن المولى فيه كالولايات والشهادات . وقسم - يستفيده دون إذن المولى كالعبادات ، والتصرفات في النكاح المأذون فيه . وقسم - يتوقف نفوذه على إذن السيد وهو كابتداء النكاح ، والبيع والشراء ، على الأصح وغيرهما .

٤٠٦٧- وأما المحجور عليه بالفلس ، فقد انقضى حكمه في كتابه ، وأما المحجور عليه بالسفه ، فتفصيل القول في اطراد الحجر عليه ، وفيما ينفذ منه وما لا ينفذ ، سيأتي على الاتصال ، إن شاء الله تعالى ، وهو مقصود الكتاب .

٤٠٦٨- ثم ذكر الأصحاب في صدر الكتاب تفصيل القول في البلوغ وسببه .

والغرض التعرض للسَّفه والتبذير والرشد المناقض لهما ، ولكنَّ نظَمَ الكلام يقتضي
ي ٢٤٧ ذكرَ زوال الصبا ، والنظرُ بعد زواله في الرشد/ والسفه . والصَّبي في الإطلاق غيرُ
مكلَّف ، وكان الشرعَ لم يُلزم الصَّبيَّ قضايا التكليف بسببين : أحدهما - أنه في مظنة
الغباوة وضعف القصد ، فلا يستقل بأعباء التكليف . والثاني - أنه عري عن البلية
العظمى وهي الشهوة . ثم ربط الشرعُ التزام التكليف بأمِد ، أو تركب الشهوة ، أما
الأمِد فيُشير إلى التهذب بالتجارب ، وأما تركب الشهوة ؛ فإنه تعرض للبلايا العظام ،
فرأى الشرع تثبيت التكليف معه زاجراً ، وإن اتفق ذلك دون الأمِد المعتبر في البلوغ .

٤٠٦٩- فأما الأمِد ، فمذهب الشافعي أن بلوغ الغلام والجارية يحصل باستكمال
خمس عشرة سنة . وهذا هو المذهب .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً بعيداً في أن البلوغَ يحصل بالطعن في السنة الخامسة
عشرة ، من غير استكمال . وهذا لا أصل له . هذا قولنا فيما يتعلق بالزمان .

٤٠٧٠- فأما تركب الشهوة ، فلا مُطَّلَع عليه إلا من جهة العلامة ، حتى نذكر العلامة
في الغلام والجارية والخنثى .

فأما الغلام فعلامه تركب الشهوة فيه انفصالُ المنى ، وقد وصفناه في كتاب
الطَّهارة . ثم اختلف أصحابنا في أقلَّ السن الذي يُفرض بلوغ الغلام بالاحتلام فيه ،
فقال قائلون : إنه يحتلم^(١) إذا استكمل العاشرة . ولو فرض انفصال ما نراه على صفة
المنى في التاسعة ، فهذا نادرٌ .

وقد مضى القول في كتاب الحيض فيما يُفرض ندوره في الحيض ، وأقلُّه وأكثره .
والمتع في هذه الأبواب الوجودُ ، واتباع الأولين ، وقد أشبعنا القول في ذلك على
أقصى الإمكان .

وإنما الذي نُجربه الآن ذكرُ كلام الأصحاب ، خلافاً ووفقاً ، على ما تقرّر عندهم
في حكم العادة . هذا قولنا في سبب بلوغ الغلام .

٤٠٧١- فأما سبب بلوغ الجارية، فاعتبار السن [فيها كاعتبار السن]^(١) في الغلام . وقد روى الدارقطني بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا استكمل المولود خمسَ عشرة سنةً ، كتب ما له وما عليه وأقيمت عليه الحدود »^(٢) ولفظ المولود يعم الغلام والجارية ، فلا فرق بينهما فيما يتعلق بالسن باتفاق الأصحاب .
وأما^(٣) الخارجُ الدال على البلوغ فيها ، فالحيض لاشك أنه يدل على البلوغ . والقول في أقل سن الحيض استقصيناه في كتاب الحيض .

والمرأة إذا احتلمت وخرج منها ما يُعتقد أنه أصل فطرة المولود من جانبها ، فقد ذكرنا في كتاب الطَّهارة أن المرأة تغتسل إذا رأت ذلك ، واستشهدنا عليه بحديث المرأة التي سألته صلى الله عليه وسلم وقالت : ما على المرأة إذا هي احتلمت ؟ فقال صلى الله عليه وسلم في آخر الحديث : « إذا رأت ذلك ، فلتغتسل » ، فإذا رأت الصبية ما وصفناه ، فهل يكون ذلك بلوغاً منها إذا رأت ذلك على سن إمكان البلوغ^(٤) ؟ فعلى وجهين ذكرهما الأصحاب : أحدهما - أنه يكون بلوغاً منها ، بمثابة احتلام الغلام . والثاني - لا يكون بلوغاً ؛ لأن ذلك نادرٌ في جنسهن ، وحق البلوغ أن يُناط بالعلامات الظاهرة . وللنظر^(٥) وراء ذلك مضطربٌ .

فإذا قلنا : يحصل البلوغ ، وهو الأصح ، فلا إشكال . وإن قلنا : لا يحصل البلوغ ، فالذي يتجه عندي أن هذه لا يلزمها الغسل في هذا المقام ؛ فإننا لو أَلزَمناها ذلك ، لكان حكماً [بأن المنفصل مني]^(٦) والجمع بين الحكم بأنه مني يوجب خروجه

(١) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

(٢) حديث «إذا استكمل المولود...» رواه البيهقي في السنن : ٥٧/٦ ، وقال : « إنه ضعيف » ، كما رواه في الخلافيات أيضاً . وعقب الحافظ على قول إمامنا : « رواه الدارقطني » قائلاً : لعله في الأفراد أو غيرها ، فإنه ليس في السنن (ر . التلخيص : ٩٣/٣ ح ١٢٥٢) .

(٣) (ت ٢) : أصحابنا . فأما .

(٤) (ت ٢) : إمكان سن البلوغ .

(٥) (ت ٢) : والنظر .

(٦) في الأصل : بأنه المنى المنفصل . وفي (ت ٢) : بأن منى المنفصل . والمثبت تصرف من المحقق .

الغسل وبين الحكم بأن البلوغ لا يحصل به ، فيه تناقض . فعلى هذا يُقطع بوجوب ش ٢٤٧ الغسل بخروج المني من المرأة التي لا نشك في بلوغها . وإذا رأت/ الصبية ذلك في مظنة البلوغ ، ففي وجوب الغسل ما ذكرته . لهذا ما رأيته .

وظاهر كلام الأصحاب ثبوت الغسل وجهاً واحداً ، والتردد في حصول البلوغ ^(١) من جهة ندور الشيء . وهذا غير سديد . وظاهر المذهب حصول البلوغ ^(٢) ، فقد اجتمع للمرأة أسباب ثلاثة إلى أن يلحق بها بعد ذلك ما ينبغي ، فالأسباب الثلاثة : السن ، والحيض ، وانفصال ماء الفطرة .

٤٠٧٢- فأما الإنبات - يعني إنبات العانة - فإنه يعم الغلام والجارية ، ولم يختلف الأصحاب في أنه تعلق به الحكم بالبلوغ في حق أولاد الكفار ، والشاهد له ما كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم في بني قريظة ، لما حكم سعد بقتل مقاتلتهم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجالهم ، فضربت أعناقهم ، وكان يأمر بالكشف عن مؤنزر الغلام ، فكل من أنبت منهم ، كان يقدم وتضرب رقبتة ^(٣) .

٤٠٧٣- ثم الترتيب الجامع المرضي في ذلك ، أن الأصحاب اختلفوا في أن الإنبات عين البلوغ ، أو علامة البلوغ . هكذا قال الأصحاب . فإن جعلنا الإنبات عين البلوغ ، وجب الحكم بالبلوغ عنده ^(٤) في أولاد المسلمين ، كما يجب ذلك في أولاد الكفار .

وإن قلنا : إنه علامة البلوغ ، ففي أولاد المسلمين وجهان : أحدهما - يحكم بالبلوغ فيهم قياساً على أولاد الكفار .

(١) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

(٢) متفق عليه دون قصة الإنبات ، من حديث أبي سعيد (اللؤلؤ والمرجان ح ١١٥٥) وأما قصة الإنبات ، فهي عند أصحاب السنن : رواها أبو داود : الحدود باب في الغلام يصيب الحد ، ح ٤٤٠٤ ، والترمذي : السير باب ما جاء في النزول على الحكم ، ح ١٥٨٤ ، والنسائي : الطلاق ، متى يقع طلاق الصبي ، ح ٣٤٣٠ ، وعنده أيضاً في كتاب قطع السارق ، باب حد البلوغ ، ح ٤٩٨١ ، وابن ماجه : الحدود باب من لا يجب عليه الحد ، ح ٢٥٤١ ، ٢٥٤٢ ، وانظر التلخيص : ٩٤/٣ - ح ١٢٥٣ ، ١٢٥٤ .

(٣) عنده : أي عند من يقول بأن الإنبات عين البلوغ .

والثاني - لا يُحكم ؛ فإننا نطلع على تواريخ ولادة أولاد المسلمين ؛ فلا نتعلق بالأمم الخفي ، وقد لا نطلع على التواريخ في أولاد المشركين ، فنكتفي بهذه العلامة .

وهذا الذي ذكره الأصحاب فيه بعضُ النظر ، [فلا]^(١) وجه عندنا للحكم بأن الإنبات عينُ البلوغ ، ولا طريق إلا القطعُ بأنه علامةٌ . ثم ينتظم عليه مراد الأصحاب في القطع بأنه علامة في أولاد الكفار ، والتردد في أولاد المسلمين .

والمعني بالإنبات ظهورُ الشعر الخشن الذي يتميز عن الزغب .

وحكى بعض الأئمة عن القاضي أنه نزل نبات اللحية ، والشارب ، والإبط ، منزلة نبات العانة ، وهذا حسن متجه . وإنبات العانة يقع في مفتتح تحريك الطبيعة ، في [تركب]^(٢) الشهوة .

ونبات اللحية ، والشارب والإبط لا يترأخى في الغالب عن البلوغ ، فكان أولى بالدلالة على البلوغ من إنبات شعر العانة .

فأما انفراق الأرنبة^(٣) ، وتواء غضروفه الحلقوم ، وثقل الصوت ، ونهوض الثدي ، فشيء منها لا يكون علامة في البلوغ .

هذا منتهى ما أردناه في بلوغ الغلام والجارية ، وما يختص به كل واحد منهما ، وما يشتركان فيه .

٤٠٧٤- فأما الخنثى ، فالسن في حقه كالسن في حق الجنسين ، وأما انفصال ما هو على نعت المني ، وخروج ما هو على صفة الحيض ، فهل يتعلق بالبلوغ به ؟ ذكر الشيخ أبو علي ، والعراقيون طريقةً ، نحن طاردوها ، ثم نبه على وجه التحقيق . قالوا : إذا انفصل [منه]^(٤) ما هو على صفة المني ، فلا نحكم بالبلوغ ، لجواز أن

(١) في الأصل : ولا .

(٢) في الأصل : تركيب .

(٣) (الأرنبة) بمعنى : طرف الأنف . (المصباح - المعجم) ولكن ما معنى انفراقها ؟ وكيف يكون انفراقها عند البلوغ ؟

(٤) ساقطة من الأصل .

يعارضه خروج ما هو على صفة الحيض ، وكذلك إذا سبق خروج المني^(١) من فرج النساء ، لم نحكم بالبلوغ لما ذكرناه من احتمال خروج الدم بعده . ولو خرج المني من الذكر ، والدم من الفرج ، ففي الحكم بالبلوغ وجهان : أحدهما - أنه يحكم به ؛ فإنه ي ٢٤٨ إن^(٢) كان رجلاً ، فقد أمني ، وإن كانت امرأة/ ، فقد حاضت .

والوجه الثاني - أنه لا يُحكم بالبلوغ لتعارض الخارجين ، وليس أحدهما بأن يحال عليه البلوغ أولى من الثاني .

قال الشيخ أبو علي : نصُّ الشافعي يدل على هذا الوجه الأخير ، وهو أن البلوغ لا يحصل عند التعارض .

٤٠٧٥- وهذا الذي ذكره كلام مختلط ، لا يستند إلى تحصيل . وقد ذكر الأصحاب في الطرق في علامات الذكورة والأنوثة ، أن الخشْيَ إن كان يبول بمبال الرجل ، فهو رجل ، وإن كان يبول بمبال النساء ، فهو امرأة ، وإن كان يبول بهما ، فالأمر مشكل^(٣) ، فيتعلق بخروج المني والحيض أو أن البلوغ ، فإن أمني بفرج الرجال ، فهو رجل ، وإن حاض بفرج النساء ، فهو امرأة ، فإن كان خروج ما هو على نعت المني دالاً على الذكورة ، فيجب القطع بكونه منياً دالاً على البلوغ ، وإن لم نحكم بالبلوغ ، وجب ألا نحكم بالذكورة ، وهذا لا شك فيه .

والقول في الحيض إذا انفرد ، ولم يعارضه المني كالقول في المني إذا لم [يعارضه]^(٤) الحيض .

٤٠٧٦- وأنا أذكر مسلكين : أحدهما - الحق عندي . والثاني - يفيد تقريب كلام الأصحاب من وجه ، على بعده . فأما الحق الذي يجب اتباعه ، فهو أن نقول : المني إذا انفرد خروجه ، كان بلوغاً . وكذلك القول في الحيض إذا انفرد . فإن قيل : إذا سبق المني ، لم يبعد توقُّع الحيض بعده ، فكيف يقع به الحكم بالبلوغ ؟ قلنا : هذا

(١) (٢) : الدم .

(٢) (٢) : فإن كان .

(٣) (٢) : ملتبس .

(٤) في الأصل : يعرض .

يتوجه في الحكم بالذكورة والأنوثة . وإن شبب مشبب بخلاف في الذكورة والأنوثة في الحيض والمني ، أُلزم خروج البول من أحد المبالين ؛ فإنه يبين الذكورة والأنوثة ، وإن كنا لا نأمن خروجه من المبال الثاني بعد خروجه من المبال الأول . ثم لا خلاف أنا نعلق الحكم بالمبال إذا سبق ، فإن تأخر عنه الخروج من المبال الثاني ، نقضنا ما حكمنا به ، فالوجه إذا القطع بحصول الذكورة بالمني إذا انفرد ، وحصول البلوغ . وكذلك القول في الحيض إذا انفرد .

وإن خرج المني والحيض ، فلا شك أنا لا نحكم بالذكورة والأنوثة ، لتعارض الأمرين . وهل [يُحكم] ^(١) بالبلوغ ؟ هذا محتمل جداً . يجوز أن يقال : يحصل البلوغ ؛ فإنه إن التبس الذكورة والأنوثة ، فقد حصلت العلامتان المعتبرتان في البلوغ ، فإن كانت امرأة ، فقد حاضت ، وإن كان رجلاً ، فقد أمنى . ويجوز أن يقال : لا يحصل البلوغ بناء على أن الخارجين ليسا منياً ولا حيضاً ؛ فإن تعارضهما قد [يشير] ^(٢) هذا الإشكال ، فإنَّ الجبلَّة التي تنشأ المني ، لا تنشأ الحيض من مغيبه ، والطبيعة التي تنشأ الحيض لا ^(٣) تنشأ المني ، فلا يمتنع ألاَّ نحكم على الواحد من الخارجين تحقيقه ، وبهذا نوجه نصَّ الشافعي - إن كان له نص ^(٤) - فهذه الطريقة التي أرتضيها .

فأما تقريب قول الأصحاب ، وحمله على وجه يقرب بعض القرب ، فهو أن يقال : إن سبق المني ، حكمنا حكماً ظاهراً بالبلوغ ، وكذلك إن سبق الحيض ؛ فإن سبق أحدهما ، ولحقه الثاني ، فحكمنا بالبلوغ ، ربطاً بالسابق منقوض لا محالة . فهذا هو المعنى بقول الأصحاب : لا نحكم بالبلوغ . فإذا اعتقبا ، فهل نحكم الآن ، وقد نقضنا حكمنا الأول بالبلوغ ؟ فعلى التردد . وهذا مع بذل الجهد فيه مُتَّبِعٌ ^(٥) .

(١) في الأصل : يحتكم .

(٢) في الأصل : يكثر .

(٣) ساقطة من (٢) .

(٤) في هامش (٢) : حاشية : « نصَّ الشافعي رضي الله عنه في الأم أن الخشئ إذا حاض وأمنى ، لا نحكم ببلوغه » .

(٥) مُتَّبِعٌ : معنًى . (معجم) .

فَضْلُكَ

ش ٢٤٨

٤٠٧٧- قد ذكرنا ما يحصل البلوغ به ، ونحن نذكر الآن الرشد ومعناه/ ، ونقيضه ، وهو السفه ؛ فإن الربّ تعالى علق زوال الحجر في حق الصبي بالبلوغ ، وإيناس الرشد ، فقال تعالى : ﴿ فَإِنِ اسْتُمِّمْتُمْ رُشْدًا ﴾ [النساء : ٦] فنذكر معنى الرشد ، فنقول : الرشيد هو الصالح في دينه ، المصلح لماله ، فلو بلغ الصبي مبذراً ، وهو الذي يصرف ماله في جهة لا يستفيد به أجراً في الآجل ، ولا حمداً ممن يُعتبر حمده في العاجل . هذا معنى التبذير .

٤٠٧٨- فإن بلغ الصبي فاسقاً ، وكان يعدّه أهل المعاملات مصلحاً لماله ، مقترراً ضابطاً ، فهو في معنى المبذر ؛ والسبب فيه أن الفاسق قد يصرف أمواله إلى [اتخاذ]^(١) الخمر ، [وأجرة القينات]^(٢) وأبناء جنسه يعدّونه مقتصداً في نوعه ، وصرف المال إلى هذه الجهات تبذير في الشرع ، وإفساد للمال .

٤٠٧٩- ولو كان يتعدى طوره^(٣) في اتخاذ الأطعمة الفائقة الكثيرة القيمة والمؤنة ، وكان لا يليق ما يفعله بمنصبه ومرتبته في اليسار ، فهذا منه تبذير . ويختلف ما أشرنا إليه باختلاف المنازل والرتب .

٤٠٨٠- وذكر أئمتنا أنّ صرف المال في الخيرات وجهات القربات ليس بتبذير . ومن رشيق كلام المتقدمين قول بعضهم : لا خير في السرف ، ولا سرف في الخير .

وكان شيخي يفصل ذلك تفصيلاً حسناً ، ويقول : إذا بلغ الصبي ، وكان يتشوف إلى صرف المال إلى الخيرات على سرف ، فهو تبذير منه ، [وإن بلغ مصلحاً للمال مقتصداً ، وزال الحجر ، ثم طرأ السفه ، فنذكر أنه يعود الحجر ، فلو طرأ إفراط في صرف المال إلى الخيرات ، فلا نُعيد عليه الحجر بهذا . وعند ذلك يقع الفرق بين

(١) مزيدة من (ت ٢) .

(٢) ما بين المعقفين أثبتناه من (ت ٢) . مكان كلمة واحدة بالأصل تعذر قراءتها ، صورتها هكذا : (واحساه) .

(٣) في الأصل : في طوره .

السرف في النفقات ، وبين السرف في الخيرات^(١) وهذا على حسنه ممّا انفرد به .
والأئمة لم يفرقوا بين حالة البلوغ ، وبين ما يطرأ من ضراوة بالخيرات ، والمسألة
في الإطلاق والتفصيل محتملة جداً .

٤٠٨١- وإذا بلغ الصبي سفيهاً ، اطرده الحجر عليه ، ووليّه بعد بلوغه سفيهاً مَنْ كان
وليّه في صباه ؛ فإن السّفه اتصل بالصبا ، فكان ذلك بمثابة تماذي الصّبا .

٤٠٨٢- وإذا زال سفّه السفيه وبان رشده ، فالأصح أنه ينطلق الحجر عنه من غير
حاجة إلى رفع القاضي وإطلاقه ؛ فإن استمرار الحجر لم يكن بضرب القاضي ،
[فلا]^(٢) يتوقف زواله على إطلاقه ، وإزالته .

ومن أصحابنا من قال : لا ينطلق الحجر عنه ، وإن ظهر رشده ، ما لم يتصل الأمر
بنظر القاضي وإطلاقه ؛ فإن زوال السّفه مجتهد فيه ، فيجب ربط رفع الحجر بمن إليه
النّظر العام . وهذا بعيد جداً .

٤٠٨٣- وممّا يتصل بتمام القول في ذلك أن الصبيّ لو بلغ ، ولم يظهر منه
ما يخالف الرشد ، فالأصح أن الحجر يرتفع عنه ، ولا حاجة إلى إطلاق القاضي .
وذكر بعض الأصحاب وجهاً بعيداً في هذا المقام أيضاً في أن رفع الحجر يتصل
بالحكم وإطلاق الحاكم . وهذا بعيد جداً ، وهو أبعد ممّا حكيانه فيه إذا بلغ سفيهاً ،
ثم زال السفه واستمر الرشد ؛ فإنه قد يظن أن الحجر ثبت^(٣) بمجتهّد فيه ، وهو
السفه ، فيزيله المجتهد بنظره . وهذا يبعد كل البعد إذا لم يثبت سفّه متصل بزوال
الصبا .

٤٠٨٤- فلو بلغ الصبيّ رشيداً ، وثبت كونه مطلقاً ، فعاد سفيهاً ، فلا بد من
الحجر . والمذهب الأصح أنه لا يعود بنفسه محجوراً عليه ، بل يتوقف الحجر على
ضرب القاضي ؛ فإنه ثبت استقلاله ، وانقطاع الولاية عنه ؛ فلا سبيل إلى عود الحجر

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل ، وأثبتناه من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : ولا .

(٣) (ت ٢) : يثبت .

بأمر مجتهد فيه ، من غير أن يصدر عن نظر المجتهد .

ومن أصحابنا من قال : يعود محجوراً عليه ، كما^(١) عاد السفه ، ولا حاجة إلى
ي ٢٤٩ نظر القاضي ، بل عودُ السفه ، وطريانه/ بمثابة طريان الجنون .

٤٠٨٥- ثم إذا كان الحجرُ يثبت بنفس السفه ، أو بضرب القاضي ، فلو طرأ الفسق
مع استدامة الضبط في المال والصفة به ، فهل يعاد الحجر عليه لمكان الفسق ؟ المذهب
أنه لا يعاد ؛ ولو حجر القضاة على الفسقة ، لحجر على معظم الخليفة . وكل ما يفعله
الحكام نظراً ، فهو محتوم . ونحن نعلم أن الأولين لم يروا الحجر على الفسقة ، ولو
رأوه ، لأظهروه ، ثم كان لا يخفى النقل فيه .

فخرج ممّا ذكرناه أن طريان الفسق مع التبذير يتضمن الحجر ، وطريان التبذير مع
الصّلاح في الدين يوجب الحجر أيضاً . فأما الفسق المجرد ، ففيه من الخلاف ما ذكرناه .

٤٠٨٦- ولئن قال قائلون : طريان التبذير يوجب الحجر من غير ضرب من جهة
القاضي ، فلا ينبغي أن يُعتقد هذا الوجه في الفسق المجرد مع الصّنة بالمال ، ويجب
القطع بأن الحجر بالفسق المجرد - إن رأيناه - فلا مأخذ له إلا ضرب القاضي واجتهاده .

٤٠٨٧- ثم إن زال السفه الطارئ وظهر الرشد ، فإن قلنا : الحجر موقوف على
ضرب ، فالانطلاق^(٢) عنه موقوف على قضاء القاضي . وإن قلنا : نُثبت الحجر من غير
ضرب من جهة القاضي ، ففي زوال الحجر عند زوال السفه الطارئ وجهان ، كما
تقدّم ذكرهما في زوال السفه الذي كان متصلاً بالصبا .

٤٠٨٨- وتمام الغرض في ذلك أن الصبي إذا بلغ سفيهاً ، وكان يليه في صباه أبوه ،
فوليّه في السفه وليّه في الصبا بلا خلاف . وكذلك لو بلغ مجنوناً ، واتصل الجنون
بالبلوغ فليّه مجنوناً من كان يليه صبيّاً .

ولو بلغ عاقلاً رشيداً ، ثم طرأ الجنون ، فلا شك في كون المجنون محجوراً عليه ،

(١) كما : بمعنى عندما .

(٢) (ت ٢) : فانطلاق الحجر .

واختلف أصحابنا في أن وليه القاضي ، أو الأب . فمن أصحابنا من قال : وليه الأب ، كما كان يليه من قبل ، فليُليّه الآن . ومن أصحابنا من قال : يليه القاضي .

ولو عاد التبذير ، وقلنا : القاضي هو الضارب للحجر ، فهو الولي ، أو من ينصبه القاضي ؟ وإن قلنا : يعود الحجر من غير ضربٍ للقاضي ، ففي وليه وجهان ، مرتبان على الوجهين في الجنون الطارئ . وهذه الصورة أولى بأن يكون القاضي ولياً فيها ؛ فإن التبذير وزواله مجتهدٌ فيه بخلاف الجنون .

قَرِّعَ : ٤٠٨٩- إذا بلغ صبيٌّ في قَطْرِ شَاغِرٍ عن الولاية ، وكان سفيهاً ، ولم يكن له أبٌ ولا جدٌ ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أنه محجور عليه ، لا ينفذ تصرفه على ما سنذكر تصرف المحجور عليه ، ونصفه .

وحكى الشيخ أبو علي في شرح التلخيص وجهاً عن بعض الأصحاب أن تصرفه ينفذ إلا أن يلحقه نظرٌ والٍ ، فيضرب عليه حجراً حينئذ . والسفهُ المتصل عند هذا القائل بالبلوغ بمثابة السفه الطارئ على الرشد ، وقد ذكرنا أن المذهب أن من طرأ عليه السفه لا يصير محجوراً عليه من غير ضرب القاضي ونظره . وهذا بعيدٌ .

والوجه القطع بما قدمناه من اطراد الحجر عليه ، ووقوعه نبذة^(١) من نظر الولاية وهو سفيه ، كوقوعه كذلك وهو صبي .

قَرِّعَ : ٤٠٩٠- إذا كان البالغ رشيداً في الوجوه^(٢) ، يئد أنه كان يغبن في بعض التصرفات على الخصوص ، فهل للقاضي أن يضرب عليه حجراً خاصاً فيه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - ليس له ذلك ؛ فإن الحجر والإطلاق يبعد اجتماعهما في حق شخصٍ/ واحدٍ .

والوجه الثاني - أنه يجوز ذلك اتباعاً للمعنى .

قال الشافعي رضي الله عنه في توجيه جواز ذلك : قولُ رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) في الأصل : بدون نقط . ونبذة : أي ناحية (المعجم) والمراد هنا ناحيةٌ بعيدة عن الحكام . وفي (ت ٢) : (بيده) وهو من تصحيفاتها العجيبة .

(٢) كذا في النسختين . ولعلها في « كل الوجوه » .

لِحَبَّانٍ ، وكان يغبن في البياعات « إذا بعث ، فقل لا خلافة »^(١) يشبه أن يكون حجراً عليه ، في إلزام البيع ، وعقده من غير خيارٍ . وهذا قاله في سياق الاحتجاج على مالك^(٢) ؛ إذ قال : الغبن يُثبت حقَّ الفسخ ، فقال الشافعي : لو كان الأمر كذلك ، لما أمر حَبَّانَ بشرط الخيار ، ثم بنى عليه ما ذكرناه من تبعيض الحجر .

فَضْلُكَ

٤٠٩١- قد ذكرنا فيما تقدم السفه ومعناه ، وثبوت الحجر وارتفاعه ، والتفصيل في اقتران السّفه بالبلوغ ، وطرياقه بعد الرشد . ومقصود هذا الفصل تفصيل ما يصح منه ، وما لا يصح .

قال الأئمة : يصح طلاقه ، وخلعه وظهاره ، وإقراره بالنسب استلحاقاً ؛ فإن هذه الأشياء لا تدخل تحت الحجر ، وليس المبذر كالصبي ؛ فإن الصبي مسلوبُ العبارة بالكلية ، ويصح أيضاً إقراره بما يوجب القصاص عليه .

فإن قيل : لم صححتم الخلع منه وهو تصرف مالي ؟ قلنا : إذا كان يصح منه الطلاق بلا عوض ، فلا أن يصح منه الطلاق^(٣) بعوض - وإن قلّ - أولى .

وذهب الأكثرون إلى أنه يصح منه قبول الهبة ، بخلاف الصبي ؛ فإنه لا عبارة له ، وسنذكر في وصية الصبي ، وتدبيره عبده قولين في كتاب الوصايا . وفي المبذر في التدبير والوصية قولان ، مرتبان على الصبي ، وهما بالنفوذ أولى من المبذر ؛ فإنه من أهل العبارة .

وأما بيعه وشراؤه ونكاحه ، فلا يصح شيء منها ، إذا استقل واستبد بذاته .

٤٠٩٢- ولو أذن له الولي في عقدٍ ، وعيّنه له ، فحاصل ما قاله الأصحاب أوجهٌ :

(١) سبق تخريجه في باب الخيار في البيع .

(٢) ر . البهجة في شرح التحفة : ١٠٦/٢ - ١٠٨ .

(٣) (٢ ت) : الخلع .

أحدها - أنها^(١) تصح إذا صدرت عن إذن الولي ؛ فإن عبارته صحيحة ، والمحذور استقلاله .

والوجه الثاني - أنها لا تصح ؛ فإن عبارته مسلوقة في العقود الملزمة .

والوجه الثالث - أن النكاح يصح بعبارته عند الإذن ، بخلاف البيع والإجارة .

وفي نكاح المحجور تفاصيلٌ مشروحةٌ في كتاب النكاح ، فليطلب منه .

فَقِيْعٌ : ٤٠٩٣ - إذا اشترى المحجور شيئاً في ذمته ، من غير إذن الولي ، فالذي قطع به الأصحاب أن شراءه فاسد ، لمكان الحجر .

وحكى بعض المصنفين وجهاً في صحة شرائه ، تخريجاً على الوجه الضعيف ، الذي حكيناه في شراء العبد بغير إذن مولاه . وهذا ليس بشيء ؛ فإن العبد من أهل النظر ، إذا كان رشيداً ، وإنما الحجر عليه بسبب المولى . فإذا كنا لا نعلق برقة العبد وكسبه شيئاً من عهدة عقده ، فلا يمتنع تصحيح عقده . والمبذر يُنظر له في الحجر ، وحقه مرعي^(٢) في الحال والمآل . وقد نسب^(٣) هذا الإنسان^(٣) هذا الوجه إلى الشيخ أبي حامد^(٤) ، وقد تبعت كتب العراقيين ، وتعليق أبي حامد ، فلم أجد ذلك ، فالتفريع إذاً على أنه إذا اشترى المحجور المبذر شيئاً ، لم يصح . فلو أقبضه البائع ما باعه ، فتلّف في يده ؛ لم يلزمه الضمان . والبائع هو الذي ضيّع حق نفسه .

٤٠٩٤ - ثم قال الأئمة : لو صار السفیه رشيداً ، وانطلق الحجر عنه ، فلا يطالب أيضاً ؛ والسبب فيه ما ذكرناه من أننا راعينا حق المبذر . وحقه مرعي في الحجر والإطلاق ؛ وليس / كالمفلس ؛ فإننا قد نردّ بعض تصرفاته في الحجر ، ثم ننفضه إذا ٢٥٠ ي

(١) بتأنيث الضمير على معنى الصيغة أو العبارة.

(٢) (ت ٢) : يُرعى .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

وهذا الإنسان هو الذي عبر عنه (بعض المصنفين) آنفاً . وقد تقدم أنه يقصد به

(الفوراني) ، فهو كثير الحط عليه ، وتضعيفه في نقله . كما قرر ذلك ابن السبكي .

(٤) الشيخ أبو حامد الإسفراييني . شيخ العراقيين .

انطلق الحجر عنه ، والسبب فيه أن المرعي حقوق الغرماء ، والحجر مضروب بسببهم . وقد زالت حقوقهم .

٤٠٩٥- وقال الأئمة : لو اشترى المبدّر شيئاً ، وقبضه وأتلفه ، كان كما لو تلف في يده ، وإن كان لو أتلف مال أجنبي ابتداءً ، تعلق الضمان بماله ، ولكن إذا ترتب الإتلاف على الشراء ، فسببه تسليط البائع .

قال صاحب التقريب : « هو غير مطالب ظاهراً ، ولكن إذا انطلق الحجر عنه ، فهل نقول : إنه وإن لم يطالب ظاهراً ، فالضمان واجب عليه بينه وبين الله تعالى ؟ فعلى وجهين » .

وهو عندي هفوة ؛ فإنه لو ثبتت المطالبة باطناً ، فلا مانع من توجيهها ظاهراً . والذي ذكره فيه إذا أتلف ، وما أراه يطرد ما حكاه فيه إذا تلفت العين في يده من غير إتلاف . والعلم عند الله .

فَرَجْعُ : ٤٠٩٦- إذا أقر المبدّر أنه أتلف مالاً لأجنبي ، ففي قبول إقراره قولان : أحدهما - الرد ، كما لو أقر بدين مرسل ، أو أقر بأن عيناً من أعيان أمواله مغصوبةً من فلان ؛ فإن أقاريه مردودةً في هذه الجهات .

والقول الثاني - أن إقراره مقبول ؛ فإن الإتلاف يتصور منه ، ولو جرى ، لأوجب ، وكل ما يتصور ، فالإقرار به صحيح ، ممّن تصح عبارته .

والأصح الأول ؛ فإن الإقرار تعبير^(١) بإنشاء مسوّغ في الشرع ، وإتلاف مال الغير غير مسوّغ . ثم كل إقرار ردّدناه في حالة الحجر ، فلا مؤاخذه به بعد الإطلاق ، إلا أن يعيد بعده إقراراً جديداً .

فَرَجْعُ : ٤٠٩٧- ينبغي للولي أن يختبر الصبيّ أو أن البلوغ ، ليعلم سفهه ورشده ، فإن كان على مرتبة السوقة والتجار ، دفع إليه مالاً وأمره بالتصرف فيه بالبيع [والشراء]^(٢) . وإن لم يكن من هؤلاء ، وكان منصبه لا يقتضي البيع والشراء ،

(١) في (ت) تعيين .

(٢) مزيدة من (ت) .

فاختباره بأن يدفع إليه مالاً ، ويأمره بإنفاقه على الخدم ، ويعلم اقتصاده وغباوته .
والاختبار في كل جنسٍ على ما يليق بهم . ولا حاجة إلى التطويل بالتفصيل .

٤٠٩٨- ثم قال الأصحاب : ينبغي أن يقع الاختبار قبيل البلوغ ، حتى إذا ظهر الرشد ، وقع البدار إلى تسليم المال ، فإن كان الاختبار بعقد بيع ، فالأصح أنه يأمر الصبي حتى يساوم ، ويطلب ، ويماكس ، فإذا حان العقد ورآه الولي صواباً ، تولى بنفسه العقد ؛ فإن عقد الصبي باطلٌ . وأبعد بعض أصحابنا ، فصَحَّ عقد الاختبار من الطفل ، وتعلق بظاهر قوله تعالى : ﴿ وَابْتُلُوا آلَ نَعْمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ الآية [النساء : ٦] ولا متعلق فيها ؛ فإن الابتلاء مجملٌ ، لا تعرض فيه للعقد وأسبابه .

فَرَجٌّ : ٤٠٩٩- السفیه إذا أحرم بالحج ، انعقد إحرامه ، فإن كان الحج تطوعاً ، فلا يسلم إليه الولي [مالاً]^(١) يتبلغ به . واختلف أصحابنا بعد ذلك ، فمنهم من قال : حكمه حكم المحصر الذي له أن يتحلل ، وقد مضى القول في المحصر . ومنهم من قال : ليس كالمحصر ، ولا سبيل إلى تحليله ، وحكمه حكم معسر ، يُحرم ، وعدم النفقة لا يكون إحصاراً .

فَرَجٌّ : ٤١٠٠- إذا كان السفیه مطلقاً ، والحاجة ماسة ، فالوجه أن يشتري الولي له جارية ، فإن عتقه لا ينفذ فيها . ومهما تبرم بها ، باعها الولي ، واشترى غيرها^(٢) .

* * *

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) إلى هنا انتهت نسخة الأصل (٢ هـ) وجاء في خاتمتها ما نصه : « تمت المجلدة ، والله الحمد والمنة . ويتلوه في المجلد الآخر إن شاء الله كتاب الصلح .

واتفق الفراغ منها في الرابع والعشرين من شهر شعبان سنة خمس وستين وخمسائة ، غفر الله للقارئ والكاتب ، والمصنف ولجميع المسلمين ، ورحم [.....] آمين .

كِتَابُ الصِّلَحِ^(١)

٤١٠١- صَدَّرَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْكِتَابَ تَيْمَنًا بِقَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؛ إِذْ قَالَ : « الصِّلَحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صَلَاحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا »^(٢) .

فَالْمَحْلَلُ لِلْحَرَامِ هُوَ الصِّلَحُ الْمُرَدُّ عَلَى عَوْضٍ مُحَرَّمٍ ، كَالْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ ، وَالْمَغْضُوبِ / ، وَغَيْرِهَا .

١٧٧ ي

وَالصِّلَحُ الْمُحَرَّمُ لِلْحَلَالِ هُوَ الْمُشْتَمَلُ عَلَى شَرْطٍ يَتَضَمَّنُ الْمَنْعَ مِنْ تَصْرِفٍ مَبَاحٍ شَرْعًا ، كَشَرْطِ الْمَنْعِ مِنَ الْمَبِيعِ وَالْهَبَةِ فِي الْعَوْضِ الْمَذْكُورِ فِي الصِّلَحِ .

٤١٠٢- وَالْوَجْهُ أَنْ يَصَدَّرَ الْكِتَابُ بِتَقْسِيمٍ حَاطٍ يَجْمَعُ صَحِيحَ الصِّلَحِ وَفَاسِدَهُ ، وَمَحَلَّ الْوِفَاقِ وَالْخِلَافِ جَمْعًا كَلِيًّا ، فَإِنْ شَدَّ عَنْ التَّقْسِيمِ شَيْءٌ ، تَدَارَكَنَاهُ بِفَرْضِ الْمَسَائِلِ ، وَرَسْمِ الْفُرُوعِ .

وَالصِّلَحُ فِي الْبَحْثِ الْأَوَّلِيِّ يَنْقَسِمُ إِلَى مَا يَجْرِي بَيْنَ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ . وَإِلَى مَا يَجْرِي بَيْنَ أَجْنَبِيٍّ وَبَيْنَ الْمُدْعَى .

فَأَمَّا الصِّلَحُ الَّذِي بَيْنَ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ قِسْمَانِ^(٣) : صَلَاحٌ مَعَ الْإِقْرَارِ ، وَصَلَاحٌ مَعَ الْإِنْكَارِ . فَأَمَّا الصِّلَحُ مَعَ الْإِقْرَارِ ، فَأَمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ عَيْنٍ ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ دَيْنٍ . فَأَمَّا الصِّلَحُ الْوَاقِعُ عَنْ عَيْنٍ ، فَيَنْقَسِمُ إِلَى صَلَاحٍ مُعَاوَضَةٍ ، وَإِلَى صَلَاحٍ حَطِيطَةٍ .

(١) يَبْدَأُ مِنْ هُنَا اعْتِمَادُ (ت ٢) أَصْلًا ، بَلْ هِيَ النُّسخَةُ الْوَحِيدَةُ إِلَى آخِرِ كِتَابِ الْحَوَالَةِ .

(٢) ر . الْمُخْتَصَرُ : ٢٢٤ / ٢ . وَالْحَدِيثُ رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ (٦ / ٦٥) ، وَفِي الْمَعْرِفَةِ (٤ / ٤٦٧) رَقْمُ (٣٦٥٩) مُوقُوفًا عَلَى عُمَرَ . وَقَدْ وَرَدَ مَرْفُوعًا مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ حِبَّانَ ، وَالحَاكِمُ ، وَالبَيْهَقِيُّ ، (ر . أَبُو دَاوُدَ : الْأَقْضِيَّةُ ، بَابُ فِي الصِّلَحِ ، ح ٣٥٩٤ ، ابْنُ حِبَّانَ : ٥٠٩١ ، الْحَاكِمُ : ٥٠ / ٢ ، التَّلْخِيسُ : ٩٨ / ٣ ح ١٢٥٩)

(٣) كَذَابُهُ بِإِسْقَاطِ الْفَاءِ فِي جَوَابِ أَمَّا .

فأما صلح المعاوضة الذي يشتمل على عوض سوى العين المدعاة المعترف بها . وذلك إذا ادّعى رجل على رجل داراً أو عبداً أو ثوباً ، فاعترف به ، وصدق المدعي ، ثم قال للمدعي : صالحني عن هذه العين على هذا ، وعين عوضاً ، أو وصفه وصفاً ش ١٧٧ يُقنَعُ به في المعاوضات . فإذا أسعفه/ المدعي ، وقال : صالحتك من ^(١) ثوبي الذي في يدك على كذا ، فقال المدعي عليه : قبلتُ ، صحت المعاملة . وهي بيعٌ على الحقيقة ، معقودة بلفظ الصلح .

وإذا قال الفقيه : حكمه حكم البيع ، كانت عبارته مختلة ؛ فإنه بيعٌ بنفسه ، ويتعلق به جميعُ أحكام البيع وقضايا الربا ، إن اشتمل على الربويات . والعهدُ المألوفة في البيع ، وأحكام الضمان ، والردود ، ولا مزيد ؛ فقد قطعنا بأنه بيع . قال صاحبُ التلخيص : الصلح في المقام الذي نحن فيه بيعٌ عقد بلفظ الصلح .

٤١٠٣- ويجوز عقد الصلح بلفظ البيع إلا في شيء واحد ، وهو الصلح عن الجنایات ؛ فإن الصلح جائز عن الإبل ، وإن لم تكن على الصفات الضابطة في السلم ، ولو فرض عقد تلك المعاملة بلفظ البيع ، لم يصح .

٤١٠٤- قال الشيخ أبو علي ^(٢) : هذا الذي ذكره غير صحيح . والتفصيل فيه أن الأرض إن كان مجهولاً ، كالحكومة التي لم تقدّر ، فلا يصح الصلح عنه ، ولا يجوز تقدير بيعه ، وإن كان الأرض معلوماً على التحقيق ، كما إذا كان دراهم أو دنانير ، صحَّ الصلح عنه ، ويصح التصرف فيه بلفظ البيع/ . وإن كان الأرض مقدراً ، ولكن كان من الإبل ، والأوصافُ المرعية في الديات لا يقع الاكتفاء بها في السلم ، ففي جواز الصلح عنها وجهان ، اختار صاحبُ التلخيص أحدهما . فإن نحن صحَّحنا الصلحَ ، لم يمتنع تصحيح المعاملة بلفظ البيع أيضاً ، وإذا لم نصحح الصلح ، فلا شك في امتناع البيع أيضاً . ثم قال الشيخ : إذا قلنا : موجب العمدِ القودُ المحض ، فالصلح من ^(٣) القصاص جائز ، ولا يجوز استعمال لفظ البيع فيه .

(١) كذا ، وهي صحيحة . ف (من) تأتي مرادفة لـ (عن).

(٢) أي في شرح التلخيص ، راداً على صاحبه .

(٣) سبقت الإشارة أن (من) تأتي مرادفة لـ (عن).

ثم هذا القسم الذي نحن فيه من الصلح يجوز أن يكون [العوض^(١)] فيه عيناً ، ويجوز أن يكون ديناً إذا لم يكن الذي عنه الصلح مالاً رباً يقتضي العقد عليه التقابض في المجلس . ولا معنى للإطنا ب بعد البيان .
هذا صلح المعاوضة .

٤١٠٥- فأما صلح الحطيطة في هذا القسم ، [فتصويره]^(٢) أن يدعي رجلٌ على رجلٍ عيناً من الأعيان ، فيعترف المدعى عليه بالملك للمدعي ، ثم يقول : صالحني منه على نصفه . فإذا قال : صالحتك ، كان تقدير هذا راجعاً إلى هبة بعض العين من المدعى عليه ، فإذا جرت المعاملة كذلك ، فقال المدعي : صالحتك من ثوبي هذا على نصفه/ ، وقال المدعى عليه : قبلت . ففي المسألة وجهان ذكرهما الشيخ في شرح ١٧٨ ش التلخيص : أحدهما - وهو الظاهر الذي قطع به مَنْ سواه - أن ذلك يصح ، ويتضمن هبة النصف من المدعى عليه ، ويثبت له أحكام الهبات في جملة المعاني ، والقضايا .
والوجه الثاني - أن هذا باطل ؛ فإن الصلح متضمنه المعاوضة ، ويبيع الرجل ملكه من عين بنصف العين باطلٌ متناقض .

والقائل الأول يقول : الصلح عبارة صالحة للمعاوضة في أوانها ، وهو مشعر بالهبة في هذا المقام . والدليل عليه أن إطلاق هذا اللفظ شائع في الاستعمال ، ولا معنى له إلا ما ذكرناه . والمطلوب من الألفاظ معانيها ، وما يفهم من وضعها .
هذا كله فيه إذا كان الصلح دائراً بين المدعي والمدعى عليه من عين .

٤١٠٦- فأما إذا كان الصلح عن دين ، فتصويره أن يدعي رجلٌ على رجلٍ ديناً ، فيعترف به ، ثم يقع الصلح فيه .

والصلح في هذا القسم ينقسم إلى صلح معاوضة ، وإلى صلح حطيطة : فأما صلح المعاوضة ، فهو أن يذكر أعواضاً [عن]^(٣) الدين المعترف به . ثم إن كان/ ذلك ١٧٩ ي

(١) في الأصل : «العرض» . وهو تصحيفٌ ظاهر ، والمثبت تصرفٌ منا .

(٢) في الأصل : وتصويره .

(٣) في الأصل : «غير» ، والمثبت من تصرف المحقق .

العوض عيناً ، وسُلمت العين في مجلس المعاوضة ، صح الصلح على شرط الشرع ، ومتضمن الصلح مقابلة عينٍ بدين .

وإن لم يتفق تسليمُ العين في مجلس الصلح ، فهل يبطل الصلح [بالتفريق] ^(١) ؟ فعلى وجهين مشهورين : أقيسهما أنه لا يبطل ؛ لأنه لم يَجْرَ ما يتضمن الإقباض من أصل الربا . وليس الصلح الموصوف بيعَ دين بدين ، حتى يدخل تحت نهْي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن « بيع الكالئ بالكالئ » .

والوجه الثاني - أن الصلح يفسد بالتفريق قبل إقباض العين المجعولة عوضاً ؛ [وكان] ^(٢) ذلك نوعاً من الإنشاء المضاهي للدينية .

وهذا الوجه وإن كان مشهوراً ، فالأصح الأول .

ولو كان العوض المذكور عن الدين المعترف به ديناً ، ثم فرضت المفارقة قبل الإقباض ، فلا شك في بطلان الصلح ؛ فإنه اشتمل على مقابلة الدين بالدين ، وهو المنهي عنه نصاً . ولو ذكر العوض موصوفاً ديناً ، ثم أحضر في المجلس وسُلم ، جاز ؛ فإن هذا لا يمتنع في عقد الصرف ، فكيف يمتنع في غيره .
هذا كله في صلح المعاوضة عن الدين .

ش ١٧٩ ٤١٠٧- فأما صلح الحطيطة في الدين ، فصورته أن يقول المدعى / عليه المعترف بالألف للمدعي : صالحني عن الألف الذي لك على خمسمائة ، فإذا قال : صالحتك ، وقبل المستدعي ، أو جعلنا الاستدعاء كافياً ، ففي المسألة وجهان : أظهرهما - أن ذلك يصح ، ومتضمنه الإبراء عن خمسمائة .

والوجه الثاني - حكاه الشيخ أبو علي أن ذلك باطل ، والألف باقٍ بكماله ؛ فإن صيغة اللفظ المعاوضة ، وهي مناقضة لمعنى الإبراء .

٤١٠٨- فإن فرعنا على الأصح ، وهو أن ذلك إبراء ، فلو ابتدأ المدعي ، وقال : صالحتك من الألف على خمسمائة ، فهل يكفي ذلك في حصول البراءة ؟ أم لا بدّ من

(١) في الأصل : « بالإقرار » . والمثبت من عمل المحقق .

(٢) في الأصل : « كان » . [بدون واو] .

القبول يقدّم عليه . إن الإبراء إذا استعمل لفظه ، نفذ ، ولا حاجة إلى قبول المبرأ عنه ، على الأصح .

وفي المسألة وجه بعيد أنه لا بدّ من القبول .

فإن فرعنا على الأصحّ وهو أنه لا حاجة إلى القبول إذا استعمل لفظ الإبراء ، فهل يشترط القبول إذا كان المستعمل لفظ الصلح ؟ فعلى وجهين . وهذا يناظر ما لو قال مستحق الدين لمن عليه دين : وهبت مالي من الدين منك ، فهذا إذا نفذ ، معناه الإبراء . وفي اشتراط / لفظ القبول وجهان : أحدهما - لا يشترط كلفظ الإبراء . ١٨٠ ي والثاني - يشترط ؛ لأن اللفظ معناه التملك ، فيستدعي في وضعه القبول .

٤١٠٩- وإذا كان المدعى المعترف به عيناً ، وفرضنا صلح الحطيطة فيه ، بأن يقول المدعى : صالحتك من ثوبي هذا على نصفه ، فإذا صححنا ذلك على معنى الهبة ، فلا شك في اشتراط القبول ؛ فإن الهبة في معناها تفتقر إلى القبول ، بخلاف الإبراء . وهذا واضح .

٤١١٠- ولو كان الصلح عن دين وهو ألف مثلاً ، فأحضر المدعى عليه خمسمائة ، فقال المدعى : صالحتك من الألف على هذه الخمسمائة . والتفريع على أنه لو قال : صالحتك من الألف على خمسمائة من غير تعيين ، كان إبراءً عن الخمسمائة ، فعلى هذا إذا أشار إلى الخمسمائة المعينة ، وقال : صالحتك من الألف الذي لي عليك على هذه الخمسمائة ، فالأصح أن هذه المعاملة فاسدة ؛ والألف باقٍ ؛ فإن اللفظ الذي جاء به مع التعيين صريح في عرض المعاوضة ، وبيع الألف بخمسمائة باطل .

وقيل : يجوز . والمقصود الإبراء عن خمسمائة / ، ثم تيك الخمسمائة المعينة ١٨٠ ش لا تتعين عند هذا الإنسان إلا باتفاق تسليمها إليه ؛ إذ لو تعينت ، لكان عوضاً .

ولا خلاف أنه لو قال : بعتك الألف الذي لي عليك بهذه الخمسمائة ، فالبيع باطل ، والألف باقٍ بكماله .

وكل ما ذكرناه فيه في الصلح الواقع من المدعي والمدعى عليه ، مع الإقرار .

٤١١- وأما الصلح بينهما مع [إنكار]^(١) المدعى عليه ، فلا يخلو إما أن يكون على عوض غير المدعى ، وإما أن يكون على بعض المدعى .

فإن كان الصلح بشيء غير المدعى مع الإصرار على الإنكار ، فالصلح باطل عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) . ولا بد من تصوير محل الخلاف ، والتنبيه على تمام البيان .

فإن قال المدعى عليه ، والمدعى ثوب ، أو ألف درهم للمدعي : صالحني عن دعواك بكذا من الدراهم ، أو بهذا الثوب ، فهذا هو الصلح على الإنكار في حقيقته . وهو باطل عندنا .

ولو قال المدعى عليه بعد الإنكار : صالحني بكذا ، أو بهذا ، فقال المدعي : صالحتك ، فهو باطل ، وهو من صور الصلح على الإنكار .

ي ١٨١ ولو قال المدعى عليه/ بعد الإنكار السابق : ^(٣) صالحني عن هذه الدار على كذا ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن هذا صلح على الإنكار ، وهو باطل . والثاني - أنه إذا أضاف الصلح إلى العين المدعاة ، كان ذلك إقراراً منه بالملك فيها للمدعي ؛ فإن الصلح - حيث يصح - كالبيع ، وإضافة البيع إلى تلك العين إقرار بها ، فليكن إضافة الصلح إليها بهذه المثابة . والقائل الأول يقول : البيع صريح في اقتضاء إثبات الملك لمن هو في منزلة البائع ، ولفظ الصلح قد يستعمل في اللبس والاختلاط ، ومحاولة الخلاص .

وما ذكرناه فيه إذا جرى الصلح مع الإنكار على غير العين المدعاة .

٤١٢- وأما إذا جرى الصلح على بعض المدعى ، مع تصوير الإمكان ، فلا يخلو المدعى إما أن يكون عيناً ، وإما أن يكون ديناً ، فإن كان عيناً ، [كأن]^(٤) كان المدعى

(١) في الأصل : الإنكار .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٩٨ ، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : ٤٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ١٩٥/٤ مسألة : ١٨٨٧ .

(٣) في الأصل خلل في هذه العبارة ، بإقحام بعض الألفاظ . هكذا : . . بعد الإنكار السابق ، ولو قال صالحني عن هذه الدار . . (راجع المسألة في الروضة : ١٩٨/٤) .

(٤) في الأصل : بأن .

ثوباً ، فأنكر ، ثم قال : صالحني على نصفه ، ففي المسألة وجهان مشهوران : أحدهما - لا يجوز ذلك ويلغو^(١) ، والصلح صلح إنكار ، فيقضى بفساده .

والوجه الثاني - يجوز ، ويجعل كأنه وهب منه نصف المدعى .

وفي الحقيقة إذا صالحه على النصف وسلمه إليه ، فقد/ اتفقا على استحقاقه فيه ، ١٨١ ش غير أنهما اختلفا في جهة الاستحقاق : فالمدعي يزعم أنه يستحقه بحكم الملك ، والمدعى عليه يقول : بل بحكم الهبة .

٤١١٣- ولو كان المدعى ديناً ، فأنكره المدعى عليه ، ثم صالحه المدعي على خمسمائة^(٢) ، نُظر : فإن صالح على خمسمائة في الذمة ، لم يجز الصلح . وإن وقع تعيين الخمسمائة وإقباضها ؛ فإن المدعى عليه يزعم أنه وهب من^(٣) المدعي خمسمائة ، وإيراد الهبة على الذمة باطل . ولو قال رجل لآخر وهبتُ منك ألف درهم ، ثم حصله وأقبضه إياه ، لم يصح ذلك .

ولو أحضر المدعى عليه خمسمائة ، فقال المدعي : صالحتك على هذه الخمسمائة ، فهذا يترتب على ما قدمناه فيه إذا كان المدعى عيناً ، فإن حكمنا ببطلان الصلح في العين ، فلأن يبطل الصلح في الصورة التي انتهينا إليها أولى ، وإن حكمنا بأن الصلح من العين على بعضها صحيح محمول على الهبة ، فإذا جرى الصلح من ألف على خمسمائة معينة ، ففي هذا الصلح وجهان : أحدهما - أنه يصح ، وهو محمول على هبة الخمسمائة الحاضرة ، وما ذكرناه في تقدير هبة بعض العين إذا كان/ المدعى ١٨٢ ي عيناً والصلح على بعضها .

ومنهم من قال : لا يصح . والفرق أن الصلح من العين على بعضها ليس في معناه شوبُ معاوضة ، والصلح من ألف في الذمة على خمسمائة حاضرة منقودة فيه معنى المعاوضة ، فكان حرياً بالبطلان ، مع قيام الإنكار ، ومقابلة الألف بالخمسمائة .

(١) أي يقع الكلام لغواً ، لا أثر له .

(٢) أي والمدعى ألف ، كما هو مفهوم من السياق ، والأمثلة قبل .

(٣) أي وهب له ، كما هو معروف من لغة الفقهاء .

وكل ما ذكرناه في جريان الصلح بين المدعي والمدعى عليه مع الإقرار والإنكار .

٤١١٤- فأما إذا جرى الصلح بين المدعي والأجنبي ، لا يخلو^(١) إما أن يكون مع إقرار المدعى عليه ، وإما أن يكون مع إنكاره . فإن كان مع إقراره ، لم يخل إما أن يكون المدعى ديناً ، أو عيناً . فإن كان عيناً [كأن]^(٢) ادعى عليه ثوباً ، فأقر به ، فتقدم أجنبي إلى المدعي ليصالح ، ففي ذلك مسائل : إحداها - أن يقول : وكلني المدعى عليه لأصالحك عنه له على كذا ، فيجوز هذا ، والأجنبي وكيل بالشراء .

والمسألة الثانية : أن يقول : أصالحك عنه لنفسي على كذا ، فأجابه المدعى ، والأجنبي [كأنه]^(٣) يقصد [الشراء]^(٤) لنفسه . قال الأصحاب : ذلك صحيح ، وقد اشترى عيناً من مالها .

ش ١٨٢ وكان شيخي يتردد في ذلك تردداً يؤول إلى اللفظ . ويقول/ : أولاً في غير صور المنازعة والدعوى ، إذا تقدم رجل إلى مالك عين ، وقال : صالحني عن ثوبك هذا بدينار ، فقال : صالحتك . فهل يكون ذلك شراءً صحيحاً ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يصح . والثاني - لا ينعقد البيع ؛ فإن الصلح من غير تقدم منازعة غير مستعمل . ولو تقدمت دعوى في مفصل خصومة ترتب عليها إقرار ، فقال المدعى عليه : صالحني على كذا ، صح ، ولو قال أجنبي للمدعي : صالحني على كذا ، وقصد أن يملك لنفسه ، وقد ثبت ملك المدعي بإقرار المدعى عليه ، ففي صحة ذلك وجهان مرتبان على ما لو جرى الصلح من غير نزاع أصلاً ، وهذه الصورة أولى بالصحة ؛ فإن لفظ الصلح ترتب على صورة دعوى وجواب ، وإن لم تتعلق الدعوى بالأجنبي^(٥) المصالح .

(١) لا يخلو : بدون الفاء في جواب (أما) كدأب إمامنا .

(٢) في الأصل : كأنه .

(٣) في الأصل : كان .

(٤) مزيدة لرعاية السياق .

(٥) إلى هنا كلام الشيخ أبي محمد . وانظر : الشرح الكبير : ٢٠٤ / ١٠ بهامش المجموع .

٤١١٥- ولو تقدم الأجنبي إلى المدعي ، وقال : أصالحك عن العين المدعى عليه بكذا ، وما كان وكله المدعى عليه^(١) المقر ، فأجابه المدعي ، فلا يقع الملك للمدعى عليه المقر ، تفريعاً على المذهب الظاهر في منع وقف العقود ، كما فصلناه في كتاب البيع . وإذا لم يقع الملك للمقر المدعى عليه ، فهل يقع^(٢) / [للأجنبي ؟ في وقوعه ١٨٣ ي وجهان يجريان في كل من اشترى لغيره شيئاً من غير توكيل ، فلا يقع لغيره ، وفي وقوعه للعائد وجهان ، هذا إذا صرح بالإضافة ، فإن أضمرها ، فلا خلاف في الوقوع للعائد ، ولوقبل النكاح لمن لم يوكله ، لم يقع لواحد منهما اتفاقاً .

أما إذا قال : وكلني لأصالح له بثوبي أو عبدي ، ففي وقوعه عن الموكل وجهان يجريان في التوكيل كذلك ، من غير نزاع ، فإن لم نوقعه للموكل ، ففي وقوعه للتوكيل الوجهان ، وإن أوقعناه للموكل فنقول : [٣] هل الثوب موهوبٌ أو مقرض ؟ فعلى الوجهين السابقين . والثاني - لا يقع للمدعى عليه ، فعلى هذا لا يقع للأجنبي المصالح أيضاً ، تفريعاً على بطلان شراء الدين في ذمة الغير . وهذا بخلاف العين ؛ فإن شراء العين جائز . هذا منتهى الكلام في صلح الأجنبي ، مع إقرار المدعى عليه ، عيناً كان المدعى ، أو ديناً .

٤١١٦- فأما الصلح من الأجنبي مع إنكار المدعى عليه ، فينقسم إلى العين والدين ، فإن كان في العين [كان^(٤) ادعى عليه ثوباً ، وأنكر ، فجاء أجنبي ليصالح ، ففي ذلك مسائل : إحداها - أن يقول : أقر المدعى عليه عندي ، ووكلني لأصالحك عنه على مالٍ ، فهذا جائز ، لا امتناع فيه بوجه .

(١) وهذا ما يسمى شراء الفضولي . (الروضة : ٤ / ٢٠٠) .

(٢) هنا خرم مقداره ورقة (لقطة) كاملة يمين وشمال ، لم تصوّر من الأصل ، وهي ظهر الورقة ١٨٢ ، ووجه الورقة ١٨٣ . وللأسف العمل هنا عن نسخة وحيدة ، لا مجال لتدراك خرومها . والله المستعان . (هذا ، وقد سعينا كلّ السعي لدى الخزانة التي تملك أصل المخطوطة ، لتصوير هذه الورقة ، فجاءنا الردّ : إنها ساقطة من الأصل) .

وسنحاول أن نسدّ هذا الخرم من مختصر النهاية للعز بن عبد السلام .

(٣) انتهى المنقول من مختصر النهاية .

(٤) في الأصل : كأنه .

وفي المسألة غائلة ، لا بد من التنبيه لها ، وهي أنا لو سمعنا المدعى عليه يُعبد الإنكار بعد ما ادعى الأجنبي أنه وكيله ، فعادة الإنكار منه عزلٌ له ، فتقطع الوكالة ، ولو لم يُعبد إنكاراً بعد الإنكار الأول ، فالأمرُ على ما ذكرناه حينئذ .

٤١١٧- ومن مسائل هذا القسم أن يقول الأجنبي : قد أقر المدعى عليه عندي بعد ش ١٨٣ إنكاره ، وأنا أصالحك عنه لنفسي على كذا ، فقد قال طوائف من / أصحابنا : يصح هذا العقد . فإننا بنينا صحة العقد على الصيغة الدائرة بين المتعاقدين ، وهما متقاربان ، وصورة العقد مبنية على التقارُّ . وهؤلاء يشترطون لا محالة أن يكون المشتري قادراً على انتزاع تلك العين من يد المدعى عليه . ولو قال الأجنبي : أنا قادر على الانتزاع من يده ، بُني العقدُ على حكم قوله في الظاهر ، وحُكم بصحته .

وكان شيخنا أبو محمد يطلق القول بأن الصلح في هذه الصورة لا يصح على هذا الوجه ؛ فإن ظاهر الشرع قاضٍ بثبوت الملك للمدعى عليه ، وابتياحُ ملكه المحكوم به من غير إذنه لا يصح .

[والوجه التفصيلُ عندنا، بأن^(١) يقال : إن كان الأجنبي صادقاً بينه وبين الله تعالى ، حُكم بصحة العقد باطناً قطعاً . ولكن . لو قيل : يُحكم^(٢) بصحة العقد ظاهراً ، على معنى أن تزال يدُ المدعى عليه ، من غير ثبوت ، فهذا لا وجه له ، ولا سبيل إليه .

وإن قيل : هل يطالب المدعي الأجنبي المصالح بالثمن الذي التزمه بناء على قوله والتزامه ؟ فالوجه القطع بأنه يطالبه ، ويؤاخذ به حكم قوله .

ي ١٨٤ وإن كان المدعي كاذباً في علم الله تعالى ، فالعقد باطل باطناً ، وفي / مؤاخذه الأجنبي بالظاهر بناء على قوله والتزامه - الذي ذكرناه^(٣) .

وما ذكره شيخنا له اتجاه ؛ فإن انتزاع تلك العين من يد المدعى عليه ممنوع شرعاً ،

(١) في الأصل : والوجه في التفصيل عندنا أن .

(٢) في الأصل : هل يحكم .

(٣) أي الوجهان . كما صرح بنقله الرافعي ، في الشرح الكبير : ٣٠٥ / ١٠ بهامش المجموع .

لا يعارضه إقرار الأجنبي بالاعتقاد على^(١) الانتزاع .

هذا منتهى الكلام .

والوجه ما ذكرناه من التعرض للظاهر والباطن .

٤١١٨- ومن المسائل أن يقول الأجنبي : لم يُقرّ المدعى عليه عندي ، لكنني أعلم أنك محق ، فأصالحك لنفسك ، فهذا [بزعم]^(٢) هذا الأجنبي شراء المغصوب ، والتفصيل فيه كالتفصيل ، في المسألة المقدمة^(٣) .

٤١١٩- ومن المسائل أن يقول : لم يقر المدعى عليه ، لكنني أعلم أنك محق ، فأصالحك للمدعى عليه لقطع الخصومة ، وتخليص العين للمدعى عليه ، ففي المسألة وجهان مشهوران : أظهرهما - أن ذلك ممتنع ؛ فإنه موقع الصلح لمنكر ، والمدعى عين من الأعيان .

والثاني - يصح العقد ؛ لأن الأجنبي والمدعي متقاران بينهما^(٤) ، وهو ينبغي تنزيه العين عن دعوى المدعي ، فكان كما لو سعى في تبرئة ذمته عن دين ، وهذا رديء جداً ، ولكنه مشهور في الحكاية .

٤١٢٠- ومن المسائل أن يقول : أقر عندي / وأنا الآن أصالحك له ، وما وكلني ، ١٨٤ ش فلا يقع للمدعى عليه بلا خلاف ؛ فإنه يزعم أنه أقر باطلاً ، فليس متمادياً على إنكاره ، فلا بد من التوكيل من جهته ، ولكن إذا لم يقع عن المدعى عليه ، فهل يقع عن الأجنبي فعلى الوجهين المذكورين في نظائر هذا .

ولو قال الأجنبي^(٥) : أعلمك مبطلاً ، ولكنني أصالح لقطع الخصومة ، فهذا

(١) بمعنى أن كون الانتزاع ممنوع منه شرعاً ، يجعله كالعجز عنه حساً .

(٢) في الأصل : (برغم) ومعنى العبارة : « فهذه الصورة حكمها حكم شراء العين المغصوبة ، إذا اشتراها غير الغاصب » وانظر الشرح الكبير للرافعي : ٣٠٥ / ١٠ بهامش المجموع .

(٣) أي في قضية القدرة على الانتزاع .

(٤) « والاعتبار في شرائط العقد بمن يباشر العقد » . قاله الرافعي (ر . الشرح الكبير - بهامش المجموع - : ٣٠٥ / ١٠) .

(٥) أي للمدعي .

باطل ؛ فإن الصلح على هذه الصيغة مع المدعى عليه لا يصح ؛ لأنه على الإنكار ،
[فكذلك]^(١) لا يصح مع الأجنبي ؛

وكل ما ذكرناه والمدعى عين .

٤١٢١- فأما إذا كان المدعى ديناً ، وقد أنكره المدعى عليه ، فجاء أجنبي ليصالح ، نُظر : فإن قال : أقر عندي ، ووكلني لأصالح له ، فجائز على نحو ما ذكرناه في العين ، وقد تقدم .

وإن قال : أصالح لنفسي ، فهو شراء الدين ، وتفريعنا على الحكم ببطلانه .

وإن قال الأجنبي : أعلمك مبطلاً ولكنني أصالحك لقطع الخصومة ، فهذا باطل ، وهو صلح على الإنكار .

وإن قال : لم يقر ، وأعلمك محقاً ، ولكنني أصالح للمدعى عليه ، فالأظهر أنه ي ١٨٥ جائز ؛ لأنه قضاء دين الغير دون إذنه ، وقضاء الدين لا يقف على إذن المقضي / عنه ، بخلاف العين ؛ لأن تملك العين بغير إذنه وقبوله غير متجه ، وقيل : لا يصح هذا في الدين ، وهو بعيد .

٤١٢٢- وفي هذا الفصل مزيد تفصيل يستدعي تقديم مقدّمة ، هي مقصودة في نفسها : وهي أن من عليه الدين إذا قال لإنسان : أدّ ديني ، فإن أدى المأمور جنس الدين ، جاز . وإن أدى [عوضاً]^(٢) ، ففي المسألة وجهان : أظهرهما - أنه يجوز كما لو أعطى جنس الحق . والثاني - لا يجوز ؛ لأنه يعطيه على سبيل العوض ، ومبني ما يعطيه المرء عوضاً أن يقابله [تملك]^(٣) شيء من جهة باذل العوض ، وليس الأمر كذلك .

ولو ضمن رجل مالاً ، فأعطى عوضاً إلى المضمون له ، وقع الموقع وجهاً واحداً ؛ لأن الضامن التزم المال بالضمان ، فصار أصلاً في الالتزام ، فما يعطيه يعطيه

(١) في الأصل : وكذلك .

(٢) في الأصل : عَرَضاً .

(٣) في الأصل : مملك .

فيما عليه ، ويُسلّم له في مقابلة براءته . فإن قلنا : بظاهر المذهب في جواز بذل العوض ، أو وضعنا الكلام في الضامن الذي يملك الرجوع على المضمون عنه ، والتصوير في المأمور بأداء الدين فيه إذا كان يملك الرجوع ، وإن كان العوض المبذول قيمته مثل الدين ، رجع به . وإن كان أكثر/ من الدين ، لم يرجع بالزائد . وإن كان ١٨٥ ش أقل من الدين ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه يرجع بقدر قيمته اعتباراً بما غرم . والثاني - بقدر الدين ؛ اعتباراً بما سقط ، وسنقرر هذا الأصل في كتاب الضمان إن شاء الله تعالى .

٤١٢٣- فإذا ثبتت هذه المقدمة ، فإذا جاء الأجنبي في صورة الصلح ، وقال للمدعي : أعلمك محققاً ، وأريد أن أصالح المدعى عليه ، وما أقر عندي ، وما وكلني ، فإن بذل الأجنبي جنس الدين ، فالظاهر الصحة ، وفيه الوجه الضعيف . وإن بذل عوضاً ، [والتفريع]^(١) على أن بذل جنس الدين صحيح ، ففي بذل العوض وصحته من الخلاف ما ذكرناه فيه إذا قال من عليه الدين : « أدّ ديني » ، فبذل المأمور عوضاً .

فصل في مسائل من الصلح مع الإقرار ، والمدعى المقرّ به دين

٤١٢٤- فلو استحق الرجل ألف درهم مؤجلاً ، وصالح على ألف حالاً ، فهذا إسقاط الأجل عن الدين . ولا يسقط الأجل عن الدين . نعم ، لو عجل من عليه الدين المؤجل الدين ، وقبله مستحق الدين ، وقع الموقع . وإنما الذي ذكرناه في أن هذا الصلح لفظ لا يوجب سقوط الأجل .

ولو كان/ الألف حالاً ، فقال صالح على ألف مؤجل ، فهذا ليس بشيء ، وهو ١٨٦ ي على الحقيقة إلحاق الأجل بالدين ، والأجل لا يلتحق بالدين .

(١) في الأصل : بالتفريع .

فلو صالح من ألفٍ مؤجَّلٍ على خمسمائة حالٍ ، لم يجز ، لأنه طلب الحلول ، ورأى المقدار الذي ذكره حالاً أوليَّ عنده من الألف المؤجَّل ، فكان ذلك على حقيقة المعاوضة . ومقابلة الألف بالخمسمائة باطل .

ولو قال : صالحت من ألفٍ حالٍ على خمسمائة مؤجلة ، فمعنى الكلام الإبراء عن خمسمائة ، وإلحاق الأجل بالخمسمائة الباقية . وليس في هذا الكلام معنى المعاوضة ، وطلب مقصود يُطلب بالمعاوضة ، فالوجه أن نقول : الإبراء صحيح عن خمسمائة ، وخمسمائة ثابتة على حلولها ، وذكره الأجل وعدُّ بالتأخير ، فلا يلزمه الوفاء به .

٤١٢٥- ولو صالحه من ألف صحاح على ألفٍ مكسرة ، فهذا وعد جميل ، من جهة صاحب الحق ، لا يجبُ الوفاء به . نعم ، لو قبض المكسر مسامحاً ، وقع الموقع .

ولو صالح من ألفٍ مكسَّرٍ على خمسمائة صحاح ، لم يصح الإبراء عن شيء ؛ فإن ذلك صيغة المعاوضة ؛ إذ الصحة صفة مقصودة في الخمسمائة ، فكأنه قابل الألف ش ١٨٦ المكسَّر بالخمسمائة/ الصحاح ، فيبطل العقد لا محالة .

ولو صالح من ألفٍ صحاح على خمسمائة مكسرة ، فليس في هذا ثبوت المعاوضة ، فالوجه تصحيح الإبراء في الخمسمائة ، والخمسمائة الباقية على صحتها ، وذكر المكسرة وعد جميل منه .

ولو استحق على رجل ألفَ درهم وخمسين ديناراً ، فصالحه منها على ألفي درهم ، فقد قال معظم الأصحاب: يجوز ، ونجعله في أحد الألفين مستوفياً الألف الذي له ، والثاني في مقابلة الدنانير ، وهذا متجه حسن .

قال القاضي : الصحيح عندي فساد هذه المعاملة ، وحمل الأمر على بيع ألف درهم وخمسين ديناراً ، بألفي درهم .

والأوجه عندي ما ذكره الأصحاب ؛ فإن الألف في مقابلة الألف استيفاءً ، ولا يجوز تقدير البيع فيه ، ولو قال مستحق الألف : بعتك الألف الذي عليك بهذا

الألف الحاضر ، فالذي جاء به ليس بيعاً ، وإنما هو استيفاء . وإذا اتضح ذلك ، فالوجه حمل أحد الألفين على استيفاء الألف الذي كان ديناً ، فتتجرد المعاوضة في الألف الأخير والدنانير ، وذاك لا امتناع فيه .

فصل في

يحوي مسائل مقصودة/ في المذهب ألزمها أصحاب أبي حنيفة

في تصحيح صلح الإنكار

منها :

٤١٢٦- أن الرجل إذا طلق إحدى امرأتيه لا بعينها ، ومات قبل التعيين ، نوقف بينهما ميراث زوجة ، فإن اصطلحتا على اقتسام الموقوف نصفين ، أو على نسبة ، فقد أجاز الأصحاب ذلك ، فاستمسك أصحاب أبي حنيفة بالمسألة^(١) ، وقالوا : هما متناكرتان : كل واحدة تدعي أنها زوجته ، وأن صاحبتهما محرومة ، فالذي جرى من الصلح صلح مع تقرير الإصرار على التناكر .

وهذا الذي ذكروه في الإلزام باطل ، واقتسام على التراضي صحيح . وما ذكروه من التناكر لا حقيقة له ؛ فإنهما لو أنصفتا ، لاعترفتا بالإشكال ؛ إذ ليست إحداهما مختصة بنوع من البيان دون صاحبتهما ، فليس بينهما تناكر .

ولو فرضنا تناكراً ، فلا محمل له إلا أن تدعي كل واحدة أنها اطلعت على بيان في أنها الزوجة . فإن كان كذلك ، فالصلح مع الإنكار على نعت الحطيطة . وقد ذكرنا أن صلح الحطيطة هل يحمل على الهبة أم لا ؟ وفيه الخلاف المقدم . وإن اعترفتا بالإشكال ، فالقسمة على التراضي صحيحة .

(١) ر . بدائع الصنائع : ٤٠/٦ ، مختصر الطحاوي : ٩٨ ، اختلاف أبي حنيفة ، وابن أبي ليلى : ٤٣ ، رؤوس المسائل : ٣١٥ مسألة : ٢٠١ ، طريقة الخلاف : ٤٢٨ مسألة : ٢٦ ، إثار الإنصاف في آثار الخلاف : ٣٧٢ ، وانظر أيضاً : الاصطلام : ٣٣٦/٤ .

فإن قيل : كيف صححت المعاملة مع الجهل ؟ قلنا : إذا انحسم البيان ، وتعذر ش ١٨٧ وقف المال إلى / غير نهاية ، فالشرع يحتمل الجهالة في مثل هذه الصورة ، ولا وجه إلا احتمالها .

٤١٢٧- ولو صالحت إحداهما الأخرى على عين أخرى سوى الموقوف بينهما ، فقد قال الأصحابُ هذا باطل ، مع الاعتراف بالإشكال ، فإنه استبدال مالٍ هو ملك من يبذل ، في مقابلة ما لا يعلم كونه ملكاً له . وليس كما لو اقتسما ذلك الموقوف ؛ فإن كل واحدة تقول : إن كنت أنا الزوج ، فالحاصل في يدي ملكٌ لي ، والباقي أيضاً ملكٌ لي ، وإن لم أكن زوجة ، فالحاصل في يدي موهوب مني من صاحبتني ، وهذا لا يمكن اعتقاده ، وقد بُدِّل عوضٌ آخر سوى الموقوف .

٤١٢٨- ومما أَلَزَمَوه ما إذا أسلم الرجل عن أكثر من أربع نسوة : فكنَّ خمساً ، أو ستاً ، ومات الزوج قبل البيان . فإننا نقف بينهما ميراثَ زوجة . ثم الكلام في الاصطلاح على حسب ما ذكرنا إلزاماً وجواباً .

٤١٢٩- ولو ادعى رجلان داراً في يد إنسان ، كل واحد يدعي تمامها لنفسه ، فقال المدعى عليه : الدار لأحدكما ، ولم يبين ، ومات ، وعسر تلقي البيان منه ، فلو اصطلحا ، واقتسما الدار ، صح . وهذا فيه فضلٌ نظر ؛ فإنهما ما بنيا الأمر على ي ١٨٨ الاعتراف بالإشكال ، بل كل واحد ادعى الانفرد بالملك في جميع الدار ، فكان هذا نظيراً لما إذا ادّعت المرأتان - وقد وقعت طلاقٌ مبهمٌ بينهما - العلم بحقيقة الحال ، فكانت كل واحدة تدعي : إني معينةٌ للزوجية . وقد ذكرنا أن الصلح في هذه الصورة ، صلحٌ حطيطة على الإنكار ، فالقول في المدعين يحل هذا المحل .

فَصْلٌ

قال : « فإن صالح رجل أخاه من موروته . . . إلى آخره »^(١) .

٤١٣٠- إذا صالح واحد من الورثة الباقيين^(٢) عن حصّة من التركة ، وهي أعيان ، فهذا [منه]^(٣) بيعُ حصّته بعوض ، فحكمه حكمُ البيع في كل معنى ، فقد يدخل فيه أحكام الصّرف ، وتفريق الصفقة ، والقطع بالبطلان في المجهول ، والعبد الآبق . ولا حاجة إلى البيان في الواضحات .

٤١٣١- ولو كانت التركة بين اثنين مثلاً ، وكانت عشرةً دنانير ، وأقمشةً ، فصالح أحدهما صاحبه على عشرة ، نقل القاضي عن الأصحاب جواز ذلك ، وحكى عنهم أن ذلك استيفاء حصته من الدنانير ، واعتياضٌ فيما زاد على حصته من الدنانير عن حصته من الأقمشة .

ثم قال القاضي : والذي عندي أنه لا يجوز ، فإنه مقابلة دنانير بدنانير .

وهذا الذي ذكره^(٤) كلام مختلط . والوجه أن/ يقال : إن أحضر الدنانير سوى ١٨٨ ش دنانير التركة ، فالبيع باطل قطعاً ، ولا يجوز تقدير خلاف في هذه الصورة من الأصحاب . وإن سُلمت الدنانير التي في التركة إلى أحد الوارثين ، واكتفى بها ، فالوجه القطع بجوازها ؛ فإنه يكون مستوفياً لحقه من العشرة ، وأخذ [بأقي]^(٥) العشرة عوضاً عن حصته من الأقمشة ، لا وجه غير هذا .

والذي قدمناه منه^(٦) إذا كان على رجل ألف درهم ديناً وخمسون ديناراً وبذل ألفي

(١) ر . المختصر : ٢٢٤/٢ .

(٢) «الباقيين» مفعول الفعل «صالح» .

(٣) في الأصل : منع . وهو تصحيف عجيب ، لا يتفق مع السياق .

(٤) انظر المسألة في فتح العزيز : ٣٠٠/١٠ بهامش المجموع .

(٥) في الأصل : الباقي .

(٦) يشير إلى ما ذكره في آخر الفصل قبل هذا بفصل .

درهم عما عليه ، فتقديرُ المنع من هذه الصورة فيه إخاله على البعد ؛ من جهة أن الألفين المنقودين عينٌ ، والذي في ذمة باذلهما دينٌ ، أمّا العشرة هاهنا إذا قبضها ، فقدّرُ حقه يقع استيفاءً ، فتجرد باقي العشرة في مقابلة الأقمشة .

فَصْلٌ

قال : « ولو أشرع جناحاً على طريق نافذة . . . إلى آخره »^(١) .

١٣٢٤- إشرع الجناح والساباط^(٢) فيه مسائل :

إحداها - أن يُشرعَ في ملك الغير من غير إذنه ، فهو ممتنع منقوضٌ على المُشرع ؛ فإن هواء الملك حق المالك ، ولو أراد المصالحة عن ذلك الهواء بمالٍ يبذله ، لم يجز ذلك ؛ فإن العوض مالٌ ، فلا يجوز بذله إلا في مقابلة مال .

١٨٩ ي ١٣٣٤- / والثانية - أن يُشرع في الشارع ، وهو المسلكُ النافذ الذي يشترك فيه الطارقون ، فالمرعي في المنع والجواز تضرر السالكين ، وانتفاء ذلك ، فإن كانوا يتضررون ، امتنع الإشرع ، وإن كانوا لا يتضررون لا يمتنع ، ولا يتوقف على أمر مَنْ إليه الأمر ، ولا مخاصمة لآحاد الناس فيه عندنا . وأبو حنيفة^(٣) يعتبر في المنع مخاصمةً من يخاصم من آحاد المسلمين .

فإذا ثبت أن أصل الضرر هو المعتبر عندنا ، فلا يخصص الضرر بالمشاة المارين ، بل لو كان [يتضرر^(٤)] الركبان بالجناح المُشرع ، مُنع ، حتى قال الأصحاب : ينبغي أن يكون الجناح بحيث لا يصطك به [كنيسة]^(٥) على بعير ، ولا نظر إلى أن هذا قد

(١) ر . المختصر : ٢٢٤ / ٢ .

(٢) الساباط : سقيفة تحتها ممرٌ نافذ . والجمع : سوابيط ، وساباطات . (معجم) .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ١٠٠ ، البدائع : ٢٦٥ / ٦ ، حاشية ابن عابدين : ٣٨٠ / ٥ . وهذا وقول الصاحبين موافق للشافعي ، قال الطحاوي في مختصره : وبقولهما نأخذ .

(٤) في الأصل : متضرر .

(٥) في الأصل : كنيسة . والكنيسة هنا كالهودج : يغرز في المحمل ، أو الرحل قضبانٌ ، ويلقى عليه ثوب يستظل به الراكب ، ويستتر به ، والجمع : كنائس ، وزان : كريمة وكرائم . (مصباح) .

يندر ؛ فإنه لا ضبط لأحوال المارة ، واطراد الرفاق مع الحملات ، والكنائس ، وغيرها ، وقد يتفق ذلك ليلاً ونهاراً ، فالوجه اعتبار الأقصى في الباب .

وحكى العراقيون وغيرهم عن بعض الأصحاب أن الجناح ينبغي أن يكون بحيث لا يناله رأس رمح منصوب من رآكب ، وهذا عزاه العراقيون إلى أبي عبيد^(١) بن حَرْبُوَيْه ، ثم زيف الأصحاب ذلك ، [وفيه زحف]^(٢) ، وعدّوه سرفاً في تصوير / ١٨٩ ش الصور ؛ فإن إضجاع الرمح يسيراً غير عسير ، فينبغي أن يكون ضبط الضرر بما يتعسر تغييره على الطارقين ، لمكان الأجنحة ، كالكنائس ، والحملات .

٤١٣٤- ومما يتعلق بأحكام الشوارع في الفن الذي نحن فيه : أن طائفة من أصحابنا قالوا : لو بنى الإنسان دَكَّةً على باب داره ، أو غرس أشجاراً ، فإن كان يتضرر به المارة ، مُنِعَ منه ، وإن كان لا يتضرر به المارة ، فلا منع . ثم قال هؤلاء : لا يختص بناء الدَّكَّة ، وغرس الأشجار بفناء الملك ، بل لو تباعد عن داره ، [وبنى]^(٣) دَكَّةً بقرب دار الغير ، أو غرس أشجاراً لا يتضرر بها المارة ، فلا يمتنع منه . هذا مسلّك لبعض أصحابنا ، وإليه ميل القاضي فيما نقل الأثبات عنه .

وكان شيخه يقول : لا يسوغ غرس الأشجار في الشوارع ؛ فإن مكانه مستحق للطروق ، وفي شغله بالغراس منع للطريق .

والدَّكَّة المرتفعة في معنى الغراس ، ولا نظر إلى اتساع الطريق وتضاييقها ، مع ما حققناه ؛ فإن الرفاق قد تصطدم ، وقد يفرض طروق عسكري ، أو أسراب من البهائم . والذين ذكروا في الأجنحة توقع اصطكاك الحملات والكنائس ، لم / يفصلوا ١٩٠ ي بين اتساع الطرق وتضاييقها .

(١) أبو عبيد بن حَرْبُوَيْه : علي بن الحسين بن حرب ، بن عيسى البغدادي ، القاضي ، ت ٣١٩ هـ ببغداد .

أحد أركان المذهب ، تخرج بأبي ثور ، سمع أحمد بن المقدم العجلي ، والحسن بن عرفة ، والحسن بن محمد الزعفراني ، وغيرهم ، كان مهيباً ، وافر الحرمة ، ولي القضاء بمصر ثمانى عشرة سنة (طبقات السبكي : ٤٤٦/٣ ، وتاريخ بغداد : ٣٩٥/١١) .

(٢) ما بين المعقفين غير مفهوم المعنى . والعبرة مستقيمة على أية حال ، بدون الوقوف عنده .

(٣) في الأصل : وفنى .

ومن أشخص دكاناً أو غرس أشجاراً ، فقد جمع بين شغل بقعة من الشارع ، وبين شغل هواء الشارع ، فكان البناء والغراس أولى بالمنع ، [من]^(١) الجناح المختص بشغل الهواء .

وإنما لم ينظر المحققون إلى اتساع الطرق ؛ من جهة أن الرفاق قد تطرق ليلاً ، ويعسر عليها مراقبة الأجنحة ، وهذا يتحقق في الغراس والدكة .

٤١٣٥- والذي يتحتم على من يسوّغ بناء الدكة وإثبات الغراس أن يفصل في الجناح بين اتساع الطريق وضيقها ، وهذا لم نذكره إلزاماً^(٢) ، وإنما هو قول لا بد منه في التفريع على هذا الوجه .

وفي البناء والغراس مزيد أمر ، وهو أنه قد يلتبس على طول الزمان محل البناء والغراس بالأملاك ، وينقطع أثر استحقاق الطروق ، وقد لا يتحقق ذلك في الأجنحة ، ولا يتحقق شفاء الغليل في هذا الفصل إلا بذكر ماهية الشرع في أصل الوضع^(٣) ، وسنصف ذلك في آخر الفصل ، إن شاء الله تعالى .

وقد نجز القول في إشراع في ملك الغير ، وفي الشارع المشترك بين الكافة .

ش ١٩٠ ٤١٣٦- ونحن نذكر الآن التفصيل في إشراع الأجنحة/ في السكة [المنسدة]^(٤) الأسفل ، فإذا أراد واحد من أهل السكة أن يشرع جناحاً ، فاشتغل به هواء السكة ، فقد قال الأصحاب : إن الذين دون أسفل من موضع الجناح إلى أسفل السكة [لهم]^(٥) المنع من البناء ، والنقض بعده ؛ فإنهم في محاولة النفوذ من رأس السكة [يطرقون]^(٦) ما يسامت الجناح من عرصة السكة ، فأما الذين دارهم أعلى من مكان الجناح ، فقد

(١) في الأصل : والجناح .

(٢) إلزاماً : أي يلزم من قولهم ، نلزمهم به . والإلزام من مصطلحات علمي الجدل والمناظرة .

(٣) ماهية الشرع في أصل الوضع : أي حقيقة جعل الشارع شارعاً .

(٤) في الأصل : المفسدة .

(٥) في الأصل : فلهم .

(٦) في الأصل : يطوفون .

اختلف أصحابنا فيهم : فذهب ذاهبون إلى أنهم لا يعترضون ؛ فإنهم في النفوذ من السكة لا [يطرقون]^(١) مكان الجناح ، فلا اعتراض .

وقال آخرون : لهم الاعتراض ؛ فإن السكة في حكم عرصة مشتركة بين سُكَّان السكة ، فيثبت حق الاعتراض للجميع ، ولمن تعلو داره حق الاعتراض في جميع السكة . وغاية هذا الفصل تبين بذكرنا حقيقة المذهب في آخر الفصل ، إن شاء الله تعالى .

ولو صالح أهل السكة مُشرع الجناح ، لم يجز ، لما قدمناه من امتناع المصالحة على الهواء المجرد . فهذا الذي ذكرناه الطريقة المشهورة للأصحاب ، وفقاً وخلافاً .

٤١٣٧- وقال العراقيون يجوز إشراع الجناح في السكة / [المنسدة]^(٢) ، حيث ١٩١ ي يجوز إشراعها في الشوارع ، وإنما قال العراقيون ذلك فيمن له باب نافذ في السكة ، فأما من لا يمر له ، وإنما جداره على السكة ، فليس له أن يُشرع الجناح في السكة المنسدة .

وهذا نقلته من طرق معتمدة لهم على ثبوت . فالمرعي عند هؤلاء الضرر وانتفاؤه ، كما تقدّم في الشارع العام ، وهذا لا تعرفه المراوزة أصلاً ، ولعل العراقيين لم يثبتوا في عرصة السكة حقيقة الملك لأهل السكة ، وإنما أثبتوا فيها حق الطروق ، ولكنه مختص بسكان السكة . والطروق في الشارع العام لا اختصاص فيه .

٤١٣٨- ومما يتعلق بهذه التصرفات فتح الأبواب و[الكَوَاتِ]^(٣) والمنافذ ، فأما فتح الأبواب في الشوارع العامة ، فلا منع منه ؛ فإن الذي يفتحها يتصرف في جدار نفسه بالرفع ، وذلك إليه ، وإذا رفع مقداراً منه ، استحال منعه . ثم حق الطروق بعد الفتح ثابت ؛ فإنه حق عام للناس كافة .

(١) في الأصل : يطوفون .

(٢) في الأصل : المفسدة ، وقد تكرر ذلك بلا عدد . وهو وهم عجيب .

(٣) الكَوَات جمع كَوّة : الثقب في الحائط . وهي بفتح الكاف ، فتجمع على كَوَات ، مثل : حية وحيات ، وتكون بضم الكاف ، فتجمع على كَوِيّ ، مثل : مُدِيّة ، ومُدَيّ (مصباح) .

فأما فتح باب جديد في السكة المنسدة ، ففيه تردد يستدعي مزيد تثبت .

ش ١٩١ قال بعض المحققين : / لو أراد من له باب في السكة المنسدة أن يفتح باباً آخر في السكة على جداره المملوك ، نُظِر ، فإن كان يفتحه دون باب داره ، فللذين دورهم أسفل المنع ، وهل للذين دورهم أعلى من داره المنع ؟ فعلى الوجهين المذكورين في الجناح . وإن كان يفتح الباب الجديد فوق بابه المعهود ، فليس للذين دورهم أسفل المنع أصلاً ، وهل للذين دورهم أعلى من ذلك الباب المفتوح أو هم في مقابلة ذلك الباب المنع ؟ فعلى وجهين . أما ذكر الوجهين في الذين بابهم أعلى من الباب المفتوح ، فهو على القياس المقدم في الجناح ، وليس تفصيلاً محدثاً ، وأمّا القطع بأن الذين هم أسفل من بابه المعهود لا يعترضون وجهاً واحداً ، فهذا إحداث حكم لم نذكره في الجناح .

وكان شيعي يذكر في الذين هم أسفل وجهين إذا كان الفتح أعلى من الباب المعهود ، كما ذكرنا وجهين في الذين هم فوق الجناح المشروع ، ويقول : من أصحابنا من لا يخصص المنع ببعض السكان دون بعض ، طرداً للقياس .

ي ١٩٢ ثم الذي يتخيل في المنع / من إحداث باب جديد ازدحام الناس عليه ، أو وقوف دابةً بالقرب منه ، وهذا في حق الأعلى والأسفل على وتيرة . فهذا ما قيل فيه .

٤١٣٩- ووراء ذلك فكر لا بد من الإحاطة به ، وهو أنه إن سد الباب القديم ، وأحدث فوقه باباً مما يلي الدرب ، فلا يتجه أصلاً حق المنع لمن هو أسفل ، ولا لمن هو أعلى .

وإن فتح باباً جديداً ، ولم يسد الباب القديم ، فقد يتجه حق المنع للمتسفلين ، فإن هذا إحداث فتح ، وهو مظنة [الشغل]^(١) مع استدامة [الأول]^(٢) ، فالذين هم أعلى ، فالأمر فيهم على التردد كما ذكرناه في السَّابِط ، والظاهر أن الذي يقابل الفتح الجديد يثبت له حق الاعتراض ؛ لأن الضرر الذي أومأنا إليه يناله ، وهذا مما يجب القطع به .

(١) في الأصل : السفلى .

(٢) في الأصل : الأولى .

ولو كان الباب المقابل بين بابي هذا الفاتح القديم والحديث ، فلا وجه إلا القطعُ بثبوت الاعتراض ؛ فإن ممرّه على الباب المستحدث ، وليس بابه أسفل من الباب القديم ؛ حتى يقال : هذا البابُ الحديث في معنى البابِ القديم ، بل هو في حقه إحداه ممرٌّ لم يكن له . والسرف في هذا مبينٌ في آخر الفصل .

٤١٤٠- والذي نذكره الآن نقل/ مقالاتِ الأصحاب ، مع التحقيق الذي يليق به : ١٩٢ ش فأما فتحُ الكوّاتِ والمنافذ لجلب الضوء من غير إشراعٍ في الهواء ، فلا منع منه أصلاً .

ولو فتح باباً جديداً وزعم : إني أريد الاستضاءة ، ولست أطرق منه ، وطلب أن يقيمه مقام كوة يفتحها ، فقد اضطرب أصحابنا في ذلك : فمنهم من قال : لا سبيل إلى منعه ، وكذلك لو أراد رفع جميع جداره ، لم يمنع .

ومنهم من قال : يمنع ؛ فإن الباب شاهد على حق المرور من محل الفتح ، فليمنع من هذا ، وليس كالفتحة العالية ، التي لا يتوقع النفوذ منها .

٤١٤١- ولو كان للإنسان دارٌ بابُها لافظٌ في سكة منسدة ، وكانت تلي الشارع ، ففتح لها باباً في الشارع ، جاز ذلك . ولو كان بابُها لافظاً في الشارع ، وكان جدارٌ منها يلي سكةً منسدةً الأسفل ، لم يجز له أن يفتح باباً في تلك السكة إلا برضا أهلها ، فإذا رضوا ، كان ذلك إعارَةً منهم [للمرور]^(١) من السكة ، ومهما أرادوا الرجوع ، رجعوا في العارية ، ولا يلتزمون إذا رجعوا شيئاً ، بخلاف ما إذا أعار مالك الأرض مَن بنى عليها ؛ فإن الرجوع وإن كان جائزاً ، فقلع البناء مجاناً لا يجوز ، على ما سيأتي ١٩٣ ي مشروحاً ، إن شاء الله تعالى .

٤١٤٢- ولو كانت له داران بابٌ أحدهما لافظٌ في الشارع ، وبابٌ الثانية نافذٌ في سكة غير نافذة ، فأراد أن يفتح باباً من إحدى الدارين في الأخرى ، ليصيرا واحدةً ، فهل لأهل السكة المنع ؟ فعلى وجهين : أقيسهما - أنه لا يُمنع ؛ لأن حق الاستطراق في السكة مُستحق له ، ومنعه من فتح ملكه في ملكه لا وجه له .

(١) في الأصل : للمرء .

ومن أصحابنا من جوز لأهل السكة المنسدة أن يمنعوه ، والسبب فيه عند هؤلاء أنه أثبت للدّار التي تلي الشارع ممراً في هذه السّكة لم يكن ، وربما يسد باب الشارع ، فيرجع الممرُّ من تلك الدّار إلى هذه السّكة .

٤١٤٣- ولو كانت له داران بينهما جدارٌ ، وباب أحدهما لافظٌ في سكةٍ ، وبابُ الثانية نافذٌ في أخرى ، والسّكتان منسدتان ، فأراد فتحَ بابٍ بين الدّارين ، فهل لأهل السّكتين المنع ؟ فعلى الوجهين المتقدمين .

فهذا منتهى القول في المسائل التي ذكرها الأصحاب في هذا الصنف .

٤١٤٤- ونحن نختم الفصل الآن بتحقيق القول في أصل الشارع العام ، ثم نذكرُ ش ١٩٣ الآن حقيقة القول في / السكة المنسدة .

أما الشارع فالذي نبتدى به : أنا إذا ألفينا جادةً معبّدةً ، ومسلكاً مشروعاً نافذاً ، تبينا حكمَ استحقاق الاستطراق بظاهر الحال ، ولم نلتفت إلى المبدأ الذي عليه ابتنى مصير تلك البقعة [شارعاً]^(١) ، وهذا لا خفاء به . ثم حكم الشارع ما قدمناه في مسائل الفصل .

وفيه أحكام تتعلق بالمقاعد في الأسواق ، يحويها بابٌ من كتاب إحياء الموات . وغرضنا وراء ذلك أن من جعل ملكاً من الأملاك شارعاً ، وصرفه إلى هذه الجهة ، صار الملك سبيلاً مسبلاً^(٢) على السابلية^(٣) ، وكان ذلك جهةً في ثبوت الشارع .

٤١٤٥- ولو أحيا جماعةً قريةً أو بلدةً ، وملكوا البقاع بطرق الإحياء ، وفتحوا أبواب المساكن إلى صوب ، وتركوا مسلكاً بين دورهم ، ومساكنهم ، وبساتينهم ، نافذاً ، فتصير تلك البقعة شارعاً ؛ فإنهم لا يستغنون عن النفوذ في مساكنهم إلى البقاع ، وكذلك يحتاجون إلى نفوذ الناس إليهم .

(١) في الأصل : شارعة .

(٢) مسبلاً : أي مباحاً ، متبرعاً به ، من قولك : سبّلتُ الثمرة : إذا جعلتها في سبل الخير ، وأنواع البر . (مصباح) .

(٣) السابلية : الجماعة المختلفة المتحركون في الطريق لقضاء حوائجهم . (مصباح ، ومعجم) .

وهذا من لطيف ما يتعين تأمله ، فالموات لا ينتقل عن حُكم الإباحة من غير ظهور آثار حكم الإحياء فيه ، وفي الآثار تفصيل / ستأتي في كتابها ، إن شاء الله تعالى . ١٩٤ ي
والشارع قد لا يحتاج فيه إلى إثبات أثر ، ولكن احتفاف الدور واصطفافها ، على شقي بقعة من الموات ، مع تهيئة المنافذ إليها يهيئها ، وينزل منزلة التأثير في الموات باتخاذها مزارع ، أو زرائب ، أو دوراً ، ولا حاجة في ذلك إلى لفظ ونطقي ، ولا حاجة إلى تقدم في الموات ، ثم رده إلى جهة الاستطراق ، وليس [الشارع]^(١) من حقوق الأملاك ؛ فإن الناس فيه شرع^(٢) . فلم يلتحق بالحقوق المختصة كالدمن^(٣) ، ومطarach التراب ، وغيرها ؛ فإذا اتجه مصير الموات شارعاً بجهتين : إحداهما - صرف الملك إليه . والثاني - ما ذكرناه من تشكيل الأملاك على شكل ، يقتضي مصير الموات شارعاً .

٤١٤٦- وكل موات في علم الله تعالى - فهو شارعٌ للخلق ، على أنه لا منع من الاستطراق ، ولكن لا يمتنع إحياءه ، حتى لو لم يفرض ما قدمناه من تهيئة الشوارع . وكان بعض الناس يطرقون الموات ، فلا يُمنع إحياءه ، والتحويط عليه ، وصرف الممر منه .

وكان شيخي يقول : « هذا إذا لم يصير موضع من المواضع جادةً متناً^(٤) » ، يطرقها الرفاق / ، فإن ظهرت جادةً موصوفة [بهذه الصفة]^(٥) ، وإن لم تحتف بها أملاك ذات ١٩٤ ش منافذ ، فلا يجوز تغييره ، وصرف الممر عنه . فإن^(٦) كان هذا يُعدّ إحياءً ، فهو بدع لا نظير له ؛ إذ ليس يُدرى فيه مبتدئ عن قصدٍ ، وممهّد ، ولا يتعين فيه قصدٌ قاصد ، ولكن إذا ألُفِي ، أقرّ . فليفصل الفاصل بين الممر المعروف وبين مسلك

(١) في الأصل : التنازع .

(٢) شرعٌ : أي متساوون .

(٣) الدمن : جمع دمنة ، والدمنة موضع الدمن : والدمن هو ما يتلبد من السرجين ، وفضلات الدواب . (مصباح) .

(٤) متناً : المتن من الأرض ، ما ارتفع وصلب . (معجم) . والمراد هنا أن يصير الموات شارعاً مُعَبِّداً مهياً بطريقة الناس ويعتادونه ، فلا يجوز عندئذٍ صرف الناس عنه بحجة الرغبة في إحيائه .

(٥) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

(٦) هذا تعليق الإمام على كلام شيخه . رضي الله عنهما .

التعاسيف^(١) . وكان يتردد^(٢) في بُنيّات^(٣) الطرق إذا لم تكن جادة^(٤) ، وكانت مسالك يعرفها الخواص في كل بقعة .

فهذا منتهى القول في الشارع العام .

٤١٤٧- فأما السّكة المنسدة ، فلا شك في اختصاص عرّصتها لأصحاب الدور التي لها أبواب إليها ، ولو أراد أهلها أن يسدوا الدرب ، حتى لا يدخلها داخل ، كان لهم ذلك . وجواز دخول السّكة المنسدة إذا صودفت أبوابها مفتّحةً ، من قبيل الإباحات المستفادة من قرائن الأحوال ، على ما سيأتي تفصيل أصنافها ، ومواضعها ، إن شاء الله تعالى .

فأطلق الأئمة أقوالهم بأن عرّصة السكة مملوكة لأهلها ، ولم يختلفوا في أنهم لو أرادوا أن يلحقوها بعرّصات دورهم ، ويوسّعوا بها رباعهم / ، كان لهم ذلك . وكذلك لو رجعت الدور ملكاً لواحد ، فله رفع السّكة وردها إلى رقعة الدور ، ثم يفتح باباً أو أبواباً إلى الشارع العام .

وقال المشايخ : لو أراد من يسكن في أسفل السكة أن يدخلوا ذلك القدر من السّكة في أملاكهم ، فهل للذين يسكنون أعلى السكة حق الاعتراض ؟ فعلى الوجهين المذكورين في الأجنحة وما في معانيها .

فحصّل من كلام المشايخ أن السكة المنسدة مملوكة . وكان شيخني يطلق القول بجواز بيعها ، وطريق تملكها على الاختصاص كطريق ثبوت الشارع العام ، غير أنها أثبتت على هيئة الاختصاص ، فمُلّكت كذلك .

وقد نجز المقصود من تفصيل الفصل أولاً ، وتأصيله آخرأ .

(١) التعاسيف : يراد بها هنا : الطرق غير الممهدة ، غير المستقيمة ، وهي عكس الجادة ، ومنه قولهم : يركب التعاسيف ، واعتسف الطريق : إذا سار على غير هدى ، في طرق غير مستقيمة ، ولا واضحة . (معجم) .

(٢) أي شيخه ، الشيخ أبو محمد كان يتردد ولا يقطع الحكم في الطرق المتفرعة غير الممهدة .

(٣) بنيات الطرق : أي الطرق الصغيرة التي تتفرع من الجادة (معجم) .

(٤) أي لم تكن مرتفعة صلبة ، والمراد كاملة التمهيد (معجم) .

فصل في

قال : « ولو أن رجلين ادعيا داراً في يد رجل ، فقالا : ورثناها من أبينا . . . إلى آخره »^(١) .

٤١٤٨- إذا ادعى رجلان داراً في يد رجل . وقالا : ورثناها من أبينا ، ولم يذكرنا أنهما قبضا تلك الدار ، فإذا أقر المدعى عليه لأحدهما بنصف الدار ، فقد نصّر الشافعي رضي الله عنه على أن ذلك النصف مشترك/ بين المدعين ؛ فإنهما ادعيا من جهة ١٩٥ ش الإرث ، وحكم الإرث الشيوع ؛ فإذا تخلص بسبب الإقرار نصف الدار عن يد المدعى عليه ، فهو ميراث أبيهما بينهما بزعمهما .

ولو قالوا : ورثناها ، وكانت في أيدينا ، فغصبها منا ، فإذا أقر المدعى عليه لأحدهما بنصف الدار ، فقد اختلف أصحابنا فيه : فذهب الأكثرون إلى أن ذلك النصف مشترك بين المدعين في هذه الصورة ، كما ذكرناه في الصورة المتقدمة ، ولا أثر لادعاء تقدم اليد ، ونسبة المدعى عليه [إلى]^(٢) الغصب .

وذكر صاحب التقريب والعراقيون ، وجهاً آخر أنه يختص بالنصف المقر له ، ولا يشاركه صاحبه ؛ فإن الغصب الذي ادعياه ، يشعر بنوع اختصاص ، كأن كل واحد منهما ادعى أنه غُصب منه النصف ، ومن صاحبه النصف الآخر ، فإذا سلم لأحدهما [نسبته]^(٣) إلى نفسه ، لم يشارك فيه . وهذا بعيد ؛ فإن دعوى الغصب لا تقدح في شيوع الإرث ، ولا تتضمن اختصاصاً معقولاً .
هذا قولنا إذا ادعيا الإرث .

٤١٤٩- فلو ادعيا الدار عن جهتين ، فقال أحدهما : النصف لي اشتريته منك/ ، ١٩٦ ي وقال الآخر : النصف لي وهبتيه ، فإذا أقر لأحدهما بنصف الدار مُطلقاً ، ولم يتعرض لتصديقه في الجهة التي ذكرناها ، فالنصف الذي يثبت له بالإقرار ، لا يشاركه فيه الآخر

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٤ .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : نسبه .

وفقاً ؛ فإن السبب متميز عن السَّبب ، ولا يمتنع ثبوت أحدهما دون الآخر ، ويمتنع ثبوت الإرث لأحد الاثنين دون الثاني .

هذا إذا [نسبا] ^(١) دعوتيهما إلى جهتين مختلفتين .

٤١٥٠- فأماً إذا [نسباهما] ^(٢) إلى جهة واحدة ، غير الإرث : مثل أن يقولوا : الدار لنا ، اشتريناها ، أو اتهبناها ، فأقر المدعى عليه لأحدهما بالملك المطلق في النصف ، فقد اختلف جوابُ أئمتنا : فقال بعضهم : هذا النصف مشترك بينهما كما لو ادّعياه إرثاً ، وهو اختيار القاضي ، وجماعة من المحققين .

وذهب بعضهم إلى أنه يختص بالنصف المقر له به ، بخلاف جهة الإرث . وقد ذكره شيخه ، والصيدلاني ، وبعض المصنفين .

ووجهه في القياس أن الشراء يتميز عن الشراء ، وإن جمعهما اسم واحد ، فكان الشراء في حقهما كجهتين . وقد [جلبتا] ^(٣) الوفاق . والذي يحقق ذلك أنه لو جرى شراؤهما في النصفين بدفعتين ، وقعت الدعوى/ منهما كذلك ، ولا يجوز أن يتخيل خلاف في هذه الصورة ، بل الوجه القطع بأنه إذا أقر لأحدهما ، لم يشاركه الآخر ؛ فإن الشراء متميز عن الشراء تميّز الشراء عن الهبة ، والتميز هو الاعتبار ، لا صورة الاختلاف والتماثل .

وإذا ثبت هذا فشراء رجلين في صفقة من رجل في ظاهر مذهبنا محمول على تفريق الصفقة وتعددتها ، وإذا ثبت ما ذكرناه ، ترتب عليه أنهما إذا ادّعا أنهما اشتريا معاً ، فالأمر على الخلاف الذي ذكرناه ، وإن ادّعى كل واحدٍ منهما انفراده بالعقد ، في النصف الذي يدعيه ، فلا مشاركة ، إذا فرض إقرار لأحدهما .

وإذا ادّعى الشراء مطلقاً ، فهو متردد بين تعدد الشراء واتحاده ، فإذا أقر لأحدهما

(١) في الأصل : نسبنا .

(٢) في الأصل : نسبنا .

(٣) في الأصل : (حلب) بالحاء المهملة ، وبدون نقط ما بعد اللام . وعسى تقديرنا يكون صواباً . (انظر صورتها) .

روجع ، فإن ادعى الانفراد بالشراء ، انفرد بالمقر به . وإن ادعى وقوع الشراء معاً ، فهو على الخلاف .

٤١٥١- ثم قال الشافعي إذا ادعى الدّار عن جهة الإرث ، فأقر لأحدهما بالملك ، وثبت أن صاحبه مشارك في ذلك النّصف ، فلو صالح المقر له من النصف المقر به ، على مالٍ ، فظاهر النص يشير إلى صحة الصلح ، وكَوْنُ/ العوض ثابتاً على الاشتراك . ١٩٧ ي والوجه المبتوت في ترتيب المذهب أن يقال : إذا ثبت كَوْنُ ذلك النصف مشتركاً ، فإن جرى الصلح بإذن الشريك ، صح . وإن جرى من غير إذنه ، فالصلح باطل في حصة شريكه ، وهل يبطل في حصة المقر له ؟ فعلى قولي تفريق الصفقة . هذا قياس المذهب .

٤١٥٢- وذكر طوائف من أصحابنا وجهاً آخر في صحة الصلح ، في جميع النصف ، وهو ظاهر النص في (السواد)^(١) ولست أعرف لهذا وجهاً . وكل ما تكلف ذكره في التصحيح يتضمن استبداد المقر له بالنصف وثنمه ، وأقصى ما قيل فيه : إن كان يعرف حكم المسألة يعترف لصاحبه بحصته في النصف المقر به ، وإن كان لا يعرفه ، فهو كذلك . وَمَنْ ظَنَ ملك الغير ملك نفسه ، لم ينفذ بهذا السبب بيعه فيه .

فَرَجٌ : ٤١٥٣- قال صاحب التقريب : إذا باع اثنان عبداً مشتركاً بينهما ، بثلثي مملوك ، فهل لأحدهما الانفراد بقبض حصته من الثمن ؟ ولو قبض شيئاً من الثمن ، فهل يشاركه فيه صاحبه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - ليس له أن يشاركه ، وله الانفراد بقبض حصته ، ووجه ذلك/ في القياس بين . والوجه الثاني - أنه لا ينفرد ، وما يجري ١٩٧ ش القبض فيه مشترك ، كما لو [كاتباً]^(٢) عبداً ، فأراد أحدهما الانفراد بقبض حصته من النجوم ، لم يكن له ذلك ، كما سنذكره في كتاب الكتابة ، إن شاء الله تعالى .
والقائل الأول يقول : ليست الكتابة كالبيع ؛ إذ يتصور من أحد الشريكين بيع

(١) السواد : المراد به مختصر المزني ، كما تكرر ذلك . وانظر النص في : ٢٢٤/٢ .

(٢) في الأصل : كاتب .

نصيبه ، وإن لم يبع الثاني ، وليس لأحد السידين أن يكاتب نصيبه دون الثاني ، كما سيأتي في الكتابة إن شاء الله تعالى - وثم^(١) توضيح تعليل ما ذكرناه في الكتابة جُهدنا .

فَرَجَّ : ٤١٥٤- إذا ادَّعى رجلان داراً في يد ثالثٍ على الشيوخ وذكر الملك المطلق ، ولم ينسبها إلى سبب ، فقد ألحق أصحابنا هذا بما لو نسباً دعوتيهما إلى الشراء أو غيره من الأسباب المتحدة الواقعة على موجب الشركة ، وقد مضى التفصيل فيه .

فَرَجَّ : ٤١٥٥- إذا ادَّعى رجلان داراً في يد [رجل]^(٢) ، وقال كل واحدٍ منهما : نصف هذه الدار لي ، فأقر المدعى عليه بأن جميع الدار لأحدهما ، وعيَّنه ، نُظِرَ : ^{١٩٨} فإن لم [يَزِدْ]^(٣) المقر له ابتداءً على أن نصف الدار لي ، ولم ينف عن نفسه النصف / الآخر ، فلا يمتنع الحكم بجميع الدار له آخراً بسبب الإقرار ؛ إذ لا منافاة بين ادعائه النصف ، وبين ثبوت الكل ؛ إذ مستحق الكل قد يدَّعي نصفه .

وإن ادَّعى أن النصف له ، والنصف لصاحبه المدعي معه ، فإذا أقر المدعى عليه له بالجميع ، فلا يثبت له إلا النصف ؛ تعلقاً بقوله الأول .

ولو ادعى النصف لنفسه ، ونفى الاستحقاق عن غيره ، ولم يثبت له شريكه في الدعوى ، وقد أقر له صاحب اليد بالجميع ، ففيه ثلاثة أوجه : جمعها العراقيون : أحدها - أن ذلك النصف مُقَرَّرٌ في يد المقر ، فإنه أولى به لثبوت يده في الظاهر ، والمقر له ينفيه .

والثاني - أنه يسلم إلى القاضي ، فيحفظه ، كما يحفظ الأملاك التي لا يتعين ملاكها ، ويُنتظر البيان فيها .

والثالث - أنه يسلم النصف إلى الشريك الثاني المدعي ؛ فإن المدعى عليه أقر بزوال الملك له ، ونفاه المقر له عن نفسه ، وأولى من يصرف إليه هذا الذي يدعيه . وهذا

(١) أي في باب الكتابة .

(٢) في الأصل : رجلين . وهو مخالف للسياق .

(٣) في الأصل : يرد .

ضعيفٌ ، لا أصل له ، وهو على التحقيق إثبات الملك بالدعوى المجردة .

٤١٥٦- ولو ادعى أولاً النصف ، ونفى استحقاقه عن غيره ، ثم تخلل زمان يجوز

أن يتجدد في مثله له ملكٌ / في النصف الباقي ، ثم أقر له صاحب اليد بجميع الدار ، ١٩٨ ش
فصدقه المقر له ، يثبت له الملك في جميع الدار ؛ إذ لا منافاة بين الأول والثاني . وإن لم
يتخلل زمان يفرض فيه تجديد الملك ، فالإقرار في النصف الثاني مردود للمقر له^(١) ، لقوله
الأول ، والمرء مؤاخذ بالقول الأول . فإن قيل : إذا قال أولاً : النصف لي ، والنصف
لصاحبي ، فأقر صاحب اليد بالتمام له ، فهل يؤثر إقراره أولاً لصاحبه بثبوت الملك له ؟
قلنا : لا أثر لهذا الإقرار في هذا المعنى . والأمر على الأوجه الثلاثة التي ذكرناها .

٤١٥٧- ولو قال رجل : هذا العبد لزيد ، وكان في يد عمرو ، وتحت تصرفه ،

فرد قوله ، ثم أكذب نفسه في قوله الأول ، واشترى ذلك العبد من صاحب اليد ؛ فلما
نحكم بصحة البيع ظاهراً لتقار المتعاقدين لذا العقد ، ثم إذا حكمنا بالصحة بينهما ،
ألزمنا المشتري أن يرد العبد إلى من أقر له به أولاً ؛ فإنه تمكن من ذلك الآن . وليس
هذا كما إذا أقر أحد المدعين للثاني بالنصف ، ثم أقر صاحب اليد له بالجميع ؛ فإن
الإقرار له مردود في الشرع بقوله ، فلا حكم له ، وليس كالشراء / . وهذا بين . ١٩٩ ي

فصل في

قال : « فإن تداعى رجلان جداراً بين داريهما . . . إلى آخره »^(٢) .

٤١٥٨- وصورة ثبوت الجدار أن يكون حائلاً بين عرصتي الدارين ، أو بين بيتين من

الدارين ، أو بين بيت وعرصة .

فإذا تنازع مالكا الدارين في الجدار ، لم يخلُ : إما أن يكون متصلاً ببناء كل واحدة

منهما اتصال ترصيع ، وإما أن يكون متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر .

(١) في العبارة تقديم وتأخير قد يصيبها شيء من الغموض ، فلو قلنا : « فالإقرار في النصف الثاني
للمقر له مردود » ، لكنت أوضح .

(٢) ر . المختصر : ٢ / ٢٢٤ .

٤١٥٩- وأول ما نبدأ به بيان التصوير . واتصال البناء معناه أن يتداخل نصفٌ من الجدار المتنازع فيه ، في الجدار المتفق عليه ، ونصف من ذلك في هذا . وإنما يظهر ذلك في الزوايا ، فإذا كان الجدار ممتداً بين الدارين كما قدمناه ، واتصل أحد طرفيه بجدارٍ هو ملكٌ لملكٍ إحدَى الدارين ، وانعطف أحد الجدارين على الثاني ، وظهر في المنعطف زاوية ، وكانت على هيئة التداخل والترصيع ، فهذا هو الاتصال . ونقيضه أن يُرى انعطف الجدار على الجدار ، ولا ترصيع بينهما عند الملتقى في طرف الجدار ، بل كان أحدهما ملصقاً بالثاني ، إلصاق مجاورة . فهذا منفصل .

ش ١٩٩ ٤١٦٠- فإذا تبين ذلك قلنا : إذا لم يتصل طرفٌ من/ الجدار الواقع بين الدارين بجدارٍ دارٍ واحدٍ منهما اتصالاً بنياناً ، فاليد في الجدار لهما جميعاً ؛ والسبب فيه أن الجدار سورٌ دارٍ كل واحدٍ منهما ، أو سور بنيان داره ، ولو لم تقدّر الدارُ الأخرى ، لكان جزءاً من هذه الدار قطعاً ؛ فإذا وقع الجدار من دارٍ كلٍّ منهما هذا الموقع ، فقد تحقق استواءهما فيما لو انفرد كل واحدٍ منهما به ، لكان اليد له . والاشتراك في هذه الصورة يتضمن الاشتراك في ظاهر الملك .

٤١٦١- فهذا إذا لم يتصل الطرفان اتصالاً بنياناً ، ولو اتصل الطرفان بالدارين اتصالاً بنياناً ، فالجوابُ كما مضى ، وهما متساويان في اليد وظاهر الملك .

وإن اتصل أحد طرفي الجدار بجدارٍ خالص من دارٍ أحدهما ، عند المنعطف ، اتصالاً بنياناً ، ولم يتصل الطرفُ الآخر من الجدار بدارٍ الآخر ، إلا اتصالاً جوارٍ ، فاليد في الجدار لصاحب الاتصال ، اتفق العلماء فيه ؛ والسبب فيه أنا على تحقيق نعلم أن هذا الجدار بني مع الجدار الآخر بناءً واحداً ، والوصف والترصيع شاهد فيه لا يدافع ، / فلزم الحكم به ؛ إذ يستحيل أن يُبنى جدارٌ غير مع جداره ترصيعاً ، ثم لا يتصل بدارٍ من يدعيه إلا جواراً .

ثم قال الأئمة : ما ذكرناه من الترصيع فيه ، إذا كان الجداران على هذا التمتع من الأصل ، والأمر^(١) إلى الطرف الأعلى ، حيث نتبين أنه لا يتصور إحداثه بعد البناء .

(١) كذا ، ولعلها : (و) الأس . فتكون عطف بيان للأصل .

فأمّا إذا وجد التداخل في جرن^(١) من الجدارين ، بحيث يظهر أنه بعد البناء ، فلا تعلق به ، وذلك مثل نزع طوبة وإدخال أخرى على التداخل .

٤١٦٢- وإذا كان الجدار بين الدارين ، وكان لأحد المالكين على الجدار جذوع ، ولم يكن للثاني جذوع ، فلا ترجيح لصاحب الجذوع ، والجدار في أيديهما [ولا فرق بين الجذع الواحد والعدد]^(٢) . ومعتمد المذهب أن وضع الجذوع يقع بعد بناء الجدار ، وقد ذكرنا أن كون الجدار بين الدارين مثبتٌ لمنصب اليد في حق كل واحد منهما ، وكيف لا ، وهو جزء من كل دارٍ ، ووضع الجذوع يقل عن هذا ، ويقصر عنه ، ويتجه حمله على الإعارة ، والإجارة ، وابتياح حق البناء ، كما سنذكره بعد هذا ، فاختصاص / أحدهما بالجذوع اختصاصٌ مزيد انتفاع ، بعد الاستواء في اليد ، ٢٠٠ ش فكان كما لو سكن رجلان داراً لأحدهما فيه أمتعة وأقمشة ، ولا قماش للثاني .

٤١٦٣- ولو تنازع رجلان دابةً ، أحدهما راكبها ، فالركوب يناظر وضع الجذوع ، ولكن لم يثبت متعلّق في اقتضاء اليد في الدابة [فتعلّقنا]^(٣) بالركوب . وقد أوضحنا ثبوت اليد في الجدار ، ورددنا وضع الجذوع إلى مزيد انتفاع بعد الاستواء في اليد .

ولو تنازعا دابة ، وأحدهما راكبها والثاني متعلق بلجامها ، أو تنازعا ثوباً ، وأحدهما لابسه ، والثاني متعلق به [يجاذبه]^(٤) ، فالمذهب أن اليد للراكب واللابس .

(١) كذا : جيم ثم راء ثم (كأس) بدون إعجام ، تصلح أن تكون ياءً مشناة ، أو باءً موحدة ، أو ثاءً مثلثة ، ثم نون . ولم أصل إلى معناها على أي صورة تصوّرت ، والمعنى واضح من السياق على كل حال ، وعبرة الرافي : « ولا يحصل الرجحان بأن يوجد الترصيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار ، لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار ، بنزع طوبة وإدراج أخرى » فتح العزيز : ٣٣٢ / ١٠ بهامش المجموع .

ولعلها (في جزأين) . أو (في جزء من) (انظر صورتها) .

(٢) في الأصل : [وإن فرق بين الجدار الواحد والعدد] وهو تصحيف عجيب ، وهم غريب .

(٣) في الأصل : متعلقاً . والمثبت تقدير منارعية للسياق .

(٤) في الأصل : يجاذبه ، ولكنها غير منقوطة الياء ، ولم أر لها وجهاً على أية صورة إلا ما اخترناه (يجاذبه) . والله أعلم .

وأبعد بعضُ الأصحاب ، فأثبت اليد لهما^(١) .

٤١٦٤- وهذه الأحوال حقها أن تؤخذ من العادات ؛ إذ ليس فيها توقيفاتٌ شرعية ، ولا يخفى أن الرّاكب هو الذي يعد مستولياً على الدابة ، دون المتعلّق باللجام ، وكذلك القول في لباس الثوب [وجاذبه]^(٢) .

٤١٦٥- ثم لما ذكر الشافعي معتبره في الجدار ، وأوضح أنّ الرجوع إلى اتصال البنيان كما وصفناه ، قال : فإن/ لم يكن ، فالجدار مقر على اليدين ، واعتبار تقريره على اليدين أولى من كل ما يتخيل بعده ، سوى اتصال الرّصف والترصيع ، وعدّه ممّا لا يعتبر ، مما قد يُخيل .

وأشار إلى خلاف العلماء ، قال : « لا أنظر إلى من إليه الخوارج والدواخل وأنصافُ اللبن ومعاقِدِ القُمط » والقُمط جمع القِماط ، وهو الحبل .

وأراد بالدواخل والخوارج الكتابةً بالجص والآجر ، إذا كان على أحد وجهي الجدار كتابة ، فلا تعويل عليها ، وكذلك إذا كان على أحد وجهي الجدار تزويقاتٌ أو طبقات تزين الجدار ، وأراد بأنصاف اللبن أن الجدار لو كان متخذاً من اللبنة المقطعة ، وكان الوجوه إلى أحد الجانبين والجوانب المكسرة من الجانب الآخر ، فلا احتفال بشيء من هذا . ومعاقِدِ القُمط يظهر في السّتر بين السطوح [والمتخذ من القصب والحُصر]^(٣) وغيرهما ، فقد يشد عليها خشبة مستطيلة ومعرّضة بالحبال ، وقد يُظن أن [الباني]^(٤) لها [لا]^(٥) يجعل وجه العقد والخشب في جانب نفسه ، ويجعل

(١) وصف إمام الحرمين من أثبت اليد لهما ، بالخَوَر والجهل بآخذ المذهب ، وذلك في كتابه (الدرّة المضية) .

(٢) هنا رسمها بالحاء والذال المهملتين ، والباء الموحدة . فلعل هذا يرجح اختيارنا ، ولم نجد عند الرافعي في الفتح ، ولا النووي في الروضة ، ولا الغزالي في الوسيط ، ولا في حواشي التحفة - لم نجد ما نرجح به لفظاً آخر غير ما اخترناه .

(٣) في الأصل : « بين السطوح والخطر » وفيه تصحيف وسقط . وما أثبتناه اختيار منا على ضوء المعنى مع الاستعانة بكلام الرافعي في فتح العزيز : ٣٣٣ / ١٠ .

(٤) في الأصل : الثاني .

(٥) زيادة من المحقق ، على ضوء السياق .

الوجه المستوي إلى الجانب/ الذي يليه ، ولا تعويل على ذلك ، ولا ترجيح خلافاً ٢٠١ ش
لمالك^(١) .

٤١٦٦- ولو كان لأحد المتنازعين في الجدار على الجدار أَرْج^(٢) ، نظر : فإن
[كان]^(٣) على منتهاه ، فهو بمثابة وضع الجدوع بعد تمام البناء ، وقد ذكرنا أنه لا تعلق
بوضع الجدوع ، ولو كان الجدار من أصله مقوساً من جهة أحدهما إلى منتهى الأَرْج ،
فإذا فرض النزاع والحالة هذه ، فصاحبُ الأَرْج صاحب الجدار ؛ فإن الجدار جزء من
الأَرْج ، وليس الأَرْج موضوعاً بعد بناء الجدار ، ولا يعد مثل هذا سوراً في جانب
جدار من الأَرْج له ، فإذا كان البيت المؤرَّج لأحدهما وفاقاً ، فالجدار الذي ذكرنا من
غير الأَرْج . فهذا منتهى القول في ذلك .

٤١٦٧- ثم ردد الشافعي قوله في أمر نحن [نوضحه]^(٤) ونستعين بالله تعالى فيه ،
فنقول : إذا كان بين رجلين جدار مشترك ، فأراد أحدهما أن يضع عليه جذوعاً ، لم
يكن له أن ينفرد به دون إذن شريكه ؛ فإن انفراد أحد الشركاء بالتصرف في الملك
المشترك لا مساع له .

وقال الشافعي رضي الله عنه في القديم : إن ثبتت حاجة الجار إلى الجدوع على
الجدار ، وجب إسعافه ، ولا/ يختص هذا بالجدار المشترك ؛ فإنه لو كان الجدار ٢٠٢ ي
ملكاً خالصاً للجار ، ومست إليها حاجة الآخر - كما ذكرناه - لم يُمنع من وضع الجدوع
على الجدار ، واعتمد في القديم ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ؛ فلا يمنع جاره بأن

(١) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٥٩٧/٢ مسألة ١٠٠٣ ، عيون المسائل : ١٦٥٢/٤
مسألة ١١٦٦ .

(٢) الأَرْج بفتحين : البناء المستطيل المقوس السقف . والمراد هنا أن يكون لأحدهما قوس
البناء ، يتكئ بأحد طرفيه على الجدار محل النزاع . (مصباح ، ومعجم) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : نوضعه .

يضع خشبة على جداره»^(١) وقيل : كان الناس لا يعملون بهنذا ، فلما ولي أبو هريرة مكة أو المدينة قال : « ما لي أراكم معرضين عنها ، والله لأرmin بها بين أكتافكم » واختلف في تفسير لفظه ، فقيل : معناه لأكلفنكم ذلك ، ولأضعن جذوع الجيران على أكتافكم ، ضرباً للمثال ، وقصداً إلى المبالغة في البيان . وقيل : أراد بقوله لأضعنها : أي لأضعن هذه السُّنة بين أكتافكم ، ولأحملنكم العمل بها .

٤١٦٨- فإن فرعنا على الجديد ، فلا سبيل إلى الوضع على الملك الخالص ، ولا على الملك المشترك ، وإن مست الحاجة إليه . وهذا قانون الشرع ، ومقتضى القياس الكلّي والجزئي ، وحديث أبي هريرة محمول على التأكيد في النذب شر ٢٠٢ والاستحباب ، / وقد يرد أمثال هذا في الحث على المكرمات .

٤١٦٩- وإن فرعنا على القول القديم ، فلا بد من فرض حاجة .

ثم قال الأصحاب : هذا مشروط بشرطين : أحدهما - أن يضع ما لا يُثقل الجدار ، ولا يؤدّي إلى هدمه ، فأما أن يبني عليه ما يثقله ، فهو ممنوع إلا بالرضا . والثاني - أن تكون الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت ، وهو يحتاج إلى جانب رابع . فأما إذا كان الكل للغير ، فلا يضع الجذوع عليها قولاً واحداً . ومن أصحابنا من لم يشترط هذا الشرط الأخير .

والحاجة التي أطلقناها لم تُرد بها ضرورة ، وإنما أردنا حاجة البناء ، حتى لا يظن ظان أن المعنيّ بالحاجة ضرورة مرهقة ، وداعية مستقرة . ولكن لو بنى بناء لا يحتاج إليه ، وكان البناء يحتاج إلى ما وصفناه من وضع الجذع ، فله الوضع . وفي هذا أدنى نظر عندي .

ولا يمتنع تخصيص ما ذكره في القديم بحاجة إلى أصل الوضع ، وهذا التردد

(١) حديث أبي هريرة متفق عليه ، رواه البخاري في المظالم ، الفتح : ١٣١/٥ ، ح ٢٤٦٣ ، ورواه مسلم : كتاب المساقاة ، باب غرز الخشب في جدار الجار ، ح ١٦٠٩ . وانظر : التلخيص ٩٩/٣ ح ١٢٦٢ .

يضاهي ما ذكرناه في كتاب الطهارة من تضييب الإناء بالفضة ، [إذ شرطنا]^(١) الحاجة إلى التضييب .

٤١٧٠- وإذا فرعنا على/ القول الجديد ، قلنا : إن رضي مالك الجدار بوضع ٢٠٣ ي جذوع على جداره من غير عوض ، كان ذلك إعارة ، وسنصف في كتاب العارية أن من أعار أرضه ، أو جداره للبناء عليه ، أو للغراس ، فإذا بنى المستعير ، وغرس ، فللمعير الرجوع في العارية ، ولكن يضمن ما ينقصه بالقلع في الغراس والبناء . وسيأتي هذا على الاستقصاء في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

وغرضنا الآن : أن من استعار أرضاً وغرسها ، أو بنى فيها ، فللمعير الرجوع ، على شرط ضمان النقصان .

ومن استعار جداراً ووضع عليه جذوعاً ، فإذا أراد مالك الجدار الرجوع في العارية ، رفع الجذوع والتزم غرامة النقصان .

وظاهر المذهب أن ذلك سائغ على قياس الباب .

وقال بعض أصحابنا فيما حكاه القاضي : لا يجوز الرجوع في هذه العارية ؛ فإن ضرر القلع والرفع يتداعى إلى ما هو خاص ملك المستعير ؛ فإن الجذوع إذا رفعت أطرافها من جدار لم تستمسك على باقي [الجُدُر]^(٢) فإذا عظم الضرر ، امتنع القلع . فأثر رجوع المعير أن يلزم المستعير أجر المثل في مستقبل الزمان ، / وتفصيل ذلك يأتي ٢٠٣ ش في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

٤١٧١- ومما أجراه الأئمة من أحكام العارية إذا اتصل الكلام بها أن من استعار أرضاً وزرعها ، لم يكن للمستعير قلعُ الزرع قبل إدراكه ، بخلاف الغراس ؛ فإن الزرع له أمدٌ معلوم . فلو كان غرس ، فأثمرت الأشجار ، فلا يجوز للمعير قلعها قبل جِدادِ الثمار ؛ فإن الثمار لها أمدٌ كالزرع . وهذا منقاسٌ لا خفاء به . فإذا جُدَّت الثمار ؛ فإذا ذاك يقلع المعيرُ إن أراد ، على شرط الضمان .

(١) في الأصل : إذا شركنا .

(٢) في الأصل : الجدار .

فَرَسُجْ : ٤١٧٢- إذا كان الجدار المتنازع بين الدارين مبنياً على خشبة طويلة ، وكان طرفٌ من تلك الخشبة والجأ في ملك أحدهما ، ولم يكن شيء منها والجأ في ملك [الثاني]^(١) ، قال العراقيون : الخشبة تكون لمن يكون طرفها في ملكه ، ثم قالوا : إذا ثبت أن الخشبة له ، فالجدار المبنى عليها تحت يده ؛ فإن الظاهر أن جدار غيره لا ينبني على ملكه . لهذا ما ذكروه ، ولم أجده في طرقنا ، وليست المسألة خالية عن احتمال في الخشبة والجدار .

فَرَسُجْ : ٤١٧٣- قال العراقيون : إذا تنازع الجاران الجدار بينهما ، وشهدت/ بيّنة لأحدهما بملك الجدار ، ولزم القضاء بها ، فيصير صاحب يد في القاعدة التي عليها الجدار .

وكذلك إذا تنازع رجلان شجرة وشهدت البينة لأحدهما ، فيصير مالك الشجرة صاحب يد في مغرس الشجرة . هكذا قالوا . وهو قياس طريقنا .

فإن قيل : الجدار على قاعدته ، والشجرة على مغرسها بمثابة الجذع على الجدار ، فكيف يدل على اليد وقاعدته ؟ وكذلك السؤال في الشجرة ومغرسها ؟ قلنا : نبهنا على هذا ؛ إذ قلنا : الجدار بين الدارين في يدي مالكهما ؛ من حيث إنه جزء من كل دار ، فكان هذا التمسك بالجزئية أولى من التعلق بوضع الجذع . وهذا لا يتحقق في قاعدة الجدار ومغرس الشجرة ، فصار الجدار يداً في القاعدة ، والشجرة يداً في المغرس .

ونظير ذلك أن الدار إذا كانت مشحونة بأمتعة إنسان ، وكان لا يسكنها أحد ، فالدار تحت يد صاحب الأمتعة . ولو كان يسكنها رجلان ، ولأحدهما أمتعة ، فلا نظر إلى الأمتعة مع شهود المتداعيين في الدار وسكونها^(٢) .

٢٠٤ ش ٤١٧٤- ثم قال العراقيون : لو أقر إنسان بجدار لإنسان ، أو بشجرة/ ، فالإقرار لهما هل يكون إقراراً بقاعدة الجدار وبمغرس الشجرة ؟ فعلى قولين مأخوذ من أن البيع فيهما هل يتناول أصلهما ، وفيه قولان ، قدمنا ذكرهما .

(١) في الأصل : الباني .

(٢) «سكونها» أي (سكنهاها) .

وفي المسألة فضل نظر فيما نصفه سؤالاً وجواباً .

فإن قيل : إذا كان لفظ المقر مع اختصاصه بالجدار يتعدى إلى أصله ، حتى يجعل إقراراً به في أحد القولين ، مع أن مبنى الإقرار على الحمل على الأقل . فإذا شهد عدلان لإنسان بملك جدار ، فقولوا : لفظ الشهود يتضمن الملك في أصل الجدار على أحد القولين قياساً على الإقرار . قلنا^(١) : هنكذا نقول ، ولا فرق ، والعلم عند الله تعالى .

٤١٧٥- وهذا يلتفت إلى أصل ، وهو أن الشاهد على البائع تقبل شهادته مطلقاً ، من غير بحث عن شرائط صحة البيع ، على المذهب الظاهر ، ويحمل البيع المشهود به على الصحة ، على ما سيأتي ذلك في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

فصل في

قال : « ولا أجعل لواحد منهما أن يفتح كوة فيه . . . إلى آخره »^(٢) .

٤١٧٦- الجدار المشترك بين شريكين لا يجوز لأحدهما أن يفتح كوة أو يثبت فيه وتدًا/ يعلق فيه شيئاً ؛ فإن التصرف في [الجدار]^(٣) المشترك تصرف في ملك ٢٠٥ ي الشريك ، والتصرف في ملك الشريك من غير إذنه [غير]^(٤) سائغ ، ولا يمتنع على كل واحد من الشريكين أن يستند إلى الجدار المشترك ، أو يسند إليه شيئاً من الأمتعة ؛ فإن هذا النوع من المنفعة غير معتد به ، ولا أثر له . ولو استند إنسان إلى جدار خالص لغيره ، لم يمتنع ذلك ، ولو منع المالك منه ، ففيه تردد للأئمة .

ويخرج عليه ما لو تمنع الشريكان في هذا النوع أيضاً ؛ فإن الملك المشترك في حكم الملك الخالص .

(١) في الأصل : فإن قلنا .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٤ / ٢ .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) سقطت من الأصل . وأثبتناها رعاية للسباق .

وأما الاستغلال بظل جدار للغير في الشارع ، فلا أثر له ، ولا يملك مالك الجدار المنع منه .

٤١٧٧- [و]^(١) كما يمتنع التصرف في الجدار المشترك بالفتح ، يمتنع البناء عليه . ولا يجوز للشريك في الدار أن يسكنها دون إذن الشركاء ، وإذا تمانعوا ، فالمهاياة^(٢) إذا رضوا بها ، توفر عليهم حقوقهم من المنافع ، وهي في الظاهر تناوب في المنافع ، وفي الحقيقة بيع المنافع ، فإذا تراضى شريكان بالمهاياة على أن يسكن أحدهما شهراً ، فالمنفعة الحاصلة في كل نوبة في أصل الوضع مشتركة ، فكأن كل شريك/ باع حصته ٢٠٥ من المنفعة في نوبة شريكه بما يتوفر عليه في نوبته من حق شريكه .

٤١٧٨- والصحيح أن المهاياة لا تلزم ، ولا يجب الوفاء [بها]^(٣) وإن وقع التراضي فيها .

فإن قيل : لو اكرئ رجل داراً سنة بمنفعة عبد سنة ، أو أكثر ، أو أقل ؛ فالإجارة صحيحة ، ومقابلة المنفعة بالمنفعة سائغة عندنا ، فهلا وقع القضاء بلزوم المهاياة الصادرة عن التراضي ؟ قلنا : من ضرورة التناوب بالمهاياة على منافع العين الواحدة أن تنتجز نوبة وتتأخر الأخرى ، والمنافع المضافة إلى المدة التي ستأتي ، لا يجوز إيراد العقد عليها عندنا ؛ فإن من استأجر داراً السنة القابلة ، لم يصح ، فلا تلزم المهاياة على هذا الأصل ، وليست معاملة تقتضي تمليكاً على الصحة . نعم ، هي على صورة بيع فاسد ، ولهذا قلنا : لا يصح الإيجاب عليها ؛ فإن الإيجاب على البيع الصحيح ممتنع ، فما الظن بالإيجاب على ما هو على صورة البيع الفاسد .

فإن قيل : هلا جعلتم المهاياة قسمة بمعنى الإفراز ؛ تخريجاً على أن القسمة إفراز ي ٢٠٦ حق ؟ قلنا : ليست المهاياة على صورة القسمة الصحيحة أيضاً ؛ فإن القسمة/ ينتجز فيها الأقساط والحصص ، ويفرض تعديلها وتنزيل الشركاء عليها ، والمنافع توجد شيئاً

(١) في الأصل : كما (بدون واو) .

(٢) المهاياة : المناوبة ، وهي نوع من قسمة المنافع بين مستحقيها . (ر . طلبة الطلبة : ٢٥٩) .

(٣) سقطت من الأصل .

فشيئاً ، وليس من التعديل مقابلة واقع منتجز بمتوقع .

٤١٧٩- وذهب بعض أصحابنا إلى الإيجاب على المهايأة ؛ لأن الضرورة ماسة إليها عند تنازع الشركاء ، ولو لم يجبر عليها ، لتعطلت المنافع . وهذا بعيد عن القياس ، ولكن مبناه على الحاجة الحاقة العامة ، وقد نميل عن مسلك القياس بمثل ما ذكرنا .

٤١٨٠- فإن قلنا : لا إيجاب على المهايأة ، فلو تهايا شريكان على التراضي واستوفى أحدهما المنفعة في النوبة التي قُدرت ، ثم أراد الرجوع فيما توافقا عليه ومنع شريكه من استيفاء المنفعة في نوبته ، فله ذلك ، ولكنه يغرم لشريكه قيمة حصته من المنفعة في النوبة التي استوفاهما .

وإن قلنا : بالإيجاب على المهايأة ، فإن استوفى أحدهما النوبة الموظفة ، لم يكن له الرجوع ، بل تُوفّر على الشريك مثل تلك النوبة . ثم تعتقب النوب الموضوعه ، إلا أن يتراضى الشركاء على نقضها ، فلا بُدّ من اتباع رضاهم .

ثم النوب تطرد إلى غير نهاية ، وهذا من الوجوه الظاهرة/ في الخروج عن ٢٠٦ش القياس .

ثم إن قلنا بالإيجاب على المهايأة ، فلا كلام ، وإن منعنا الإيجاب عليها ، واستمر الشركاء على التدافع ، فهذا يؤدي إلى تعطيل المنافع ، فهل يباع عليهم الملك عند الامتناع من المهايأة ، وإدامة الطلب ؟ فعلى وجهين حكاهما القاضي : أحدهما - أن العين تباع على الشركاء ، لقيام النزاع ، وإفضاء الأمر إلى تعطيل [المنافع]^(١) وهذا وجهٌ ضعيف ، لم أره في غير هذه الطريقة .

والأصح أنه لا إيجاب على المهايأة ، ولا على البيع ، وترك المنافع تتعطل إلى أن يتراضيا .

ولم يذكر أحد من الأصحاب الإيجابَ على الإجارة^(٢) ، ولعل السبب فيه أن الأمد

(١) سقطت من الأصل .

(٢) أي إجارة العين محل النزاع .

في الإجارة لا متوقف له ، ولا سبيل إلى التحكّم بهذه^(١) ، والإجبار يُقدر والشريكان متمانعان ، والبيع يرد على مورد متعين . وكل ذلك خبط ، والوجه نفى الإجبار في المهايأة والبيع .

فصل في

قال : « وقسمته بينهما إن شاء . . . إلى آخره »^(٢) .

٤١٨١- الكلام في هذا الفصل يتعلق بأمرين : أحدهما - التفصيل في قسمة الجدار ي ٢٠٧ المشترك ، إجباراً ، واختياراً . والثاني - القول في قسمة أس الجدار ومبناه ، إذا كان / قد انهدم الجدار وانهار .

٤١٨٢- فأما الجدار المشترك ، فقسمته تفرض على وجهين : أحدهما - قسمة جميع الطول في نصف العرض ، فهذا النوع لا إجبار عليه لوجهين : أحدهما - أن قسمة الإجبار لو فرضت ، لكان التعيين بالقرعة ، ثم القرعة ربما تخرج على خلاف ما يقصد في جهة الانتفاع ، بأن تخرج قرعة زيد على الشق الذي يلي دار صاحبه ، ولا يتأتى - والحالة هذه - من واحدٍ منهما الانتفاع المقصود . وهذا وجه .

والثاني - أن [الإفراز]^(٣) على الحقيقة لا يتصور ؛ من قبل أنا وإن فصلنا شقاً عن شق بخط نرسمه فاصلاً بين الشقين ، فلو وضع أحدهما على شقه جذوعاً ، أو بنى عليه أدّى ذلك [إلى تثقيل]^(٤) الشق الآخر والتحامل عليه . وهكذا يكون نعت الجدار ؛ فلا تتأتى المفاصلة إذاً .

وذكر صاحب التقريب وجهاً بعيداً في الإجبار على هذا النوع من القسمة ، إذا دعا إليها أحد من الشريكين . ثم قال : « نخصص كلّ واحد منهما بالحصة التي تليه من غير قرعة » . وهذا بعيد في الحكاية ، وإن كان يتجه بعض الاتجاه ، وما ذكرناه من أن

(١) كذا ، ولعل تمام العبارة : « ولا سبيل إلى التحكّم بهذه الجهة » أو كلمة نحوها .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٤ / ٢ .

(٣) في الأصل : « الإقرار » والمثبت تقدير من رعاية للسياق .

(٤) في الأصل : تثقيل .

المفاصلة لا تتحقق ، / فيه نظر ؛ من قبل اتفاق الأصحاب على تصحيح القسمة ٢٠٧ ش بالتراضي . ولو كانت المفاصلة لا تتحقق ، لامتنت القسمة أصلاً .
وما ذكرناه في قسمة الجدار في جميع الطول في نصف العرض .

٤١٨٣- فأما قسمة الجدار في جميع العرض في [نصف] ^(١) الطول ، فإنها صحيحة مع التراضي ، وهل يجبر عليها الممتنع منهما إذا دعا إليها أحد الشريكين ؟ فعلى وجهين مذكورين في الطرق ، بناهما المرتبون على المعنيين اللذين ذكرناهما في الصورة الأولى . فإن اعتمدنا تعطل الانتفاع لأمر يرجع إلى خروج القرعة ، فهذا لا يتحقق في الصورة الأخيرة ، فليقع الإجماع على القسمة .
وإن اعتمدنا على أن المفاصلة لا تتحقق ، فهذا المعنى قد يجري في النوع الأخير من القسمة ؛ فلا إجماع إذاً .

٤١٨٤- ولو انهدم الجدار وبرز الأس ، فأراد قسمته ، فالقسمة في جميع العرض في بعض ^(٢) الطول يجري الإجماع عليها ، لفقد المعنيين ، فأما القسمة في جميع الطول في بعض العرض ، فإن جرينا على تعيين حصة كل شريك فيما يليه من غير قرعة ، فالإجماع جائز ، وإن قلنا : لا بُدْ/ إذا فرضت القسمة من إجراء القرعة ، ففي الإجماع على [القسمة] ^(٣) وجهان ٢٠٨ ي مبنيان على المعنيين المذكورين في قسمة الجدار نفسه على هذه الصورة .

فصل في

٤١٨٥- إذا انهدم الجدار فعمّراه ، وأعاداه بالأعيان التي كانت في الجدار ، من غير مزيد ، واستويا في العمل وفي الاستئجار عليه ، واشترط أن يكون الثلثان لواحد ، والثلث لآخر ، فهذا الشرط لغوٌ ، والجدار نصفان كما كان . ومن رضي بالنقصان

(١) في الأصل : «بعض» ثم هذا هو الوجه الثاني من وجهي القسمة .

(٢) الصورة هي في حالة الجدار بين اثنين ، ف(البعض) هنا إما أن يراد به النصف ، أو يقدر أن بعض أجزاء الجدار تختلف عن بعض ، هذا إذا لم تكن كلمة (بعض) مصحفة عن (نصف) في هذا الموضع وفي الذي يليه .

(٣) في الأصل : القرعة . والمثبت من هامش الأصل .

منهما واعدهُ هبةً ، فإن وقَّيَ بها ، فذاك ، وإلا ، فلا طلبُة عليه .

٤١٨٦- ولو اختص أحدهما بالإعادة ، وشرط أن يكون الثلثان من الجدار له ، فتقدير ذلك مقابلة عمل العامل على الثلث الذي يقدر بقاؤه ، وللذي لم يعمل بالسدس من ملكه في الجدار ، فالسدس إذا أجرهُ العمل على الثلث . وهذا سائغٌ ، على شرط تقدير ذلك من الأساس والنقض ؛ حتى تكون الأجرة عتيدة .

ولو فرض ربط الأجرة بالسدس بعد البناء ، لم يصح ؛ فإن هذا تعليق في عين .

٤١٨٧- وذلك إذا لم يجدد العاملُ عيناً في الجدار من ملك نفسه ، فلو جدد ، ش ٢٠٨ وليقع الفرض فيه إذا أعاد الجدار بأعيانٍ من/ عند نفسه من غير أن يستعمل شيئاً من النقض - فهذه المعاملة يتدبرها الناظر تصوراً ، ثم لا يخفى الحكم فيها . فالعامل كأنه يبيع ثلث الأعيان التي أتى بها ، ويضم إليها عمله فيها ، والعوض المقابل السدس من أس الجدار .

هذا تقدير المعاملة ، وهي مشتملة على الجمع بين العين والمنفعة ، وهو من صور تفريق الصفقة . والتنبيه كافٍ فيما ذكرناه .

ولا بد في الصورة الأخيرة من تعيين الأعيان ، والإشارة إليها على سبيل الشيوع ، أو ذكرها وصفاً على سبيل السلم .

٤١٨٨- ثم ذكر الشافعي في آخر الفصل أن الشريكين لو اصطلحا على وجه يصح ، وشرطاً أن يحمل أحدهما على الجدار ما شاء ، فهذا الشرط مفسد^(١) ؛ فإن الجدار لا يحتمل الوفاء بالشرط ، والقدرُ المحتمل مجهول ، فالشرط فاسد ، وإذا فسد ، أفسد ما يفرض من معاملة .

فهذا طرد المذهب على وجهه في التفصيل .

٤١٨٩- وقد ذكر صاحب التقريب وجهاً بعيداً في الصورة الأولى ، لا وجه له ، فأخبرته ، وأنا الآن ذاكره . قال : لو استويا في الإعادة بالنقض القديم ، ولم يتخصص

أحدهما بمزيد ، فلا يمتنع أن/ ينقص نصيب أحدهما بالتراضي ، وزعم أن المشتركين ٢٠٩ ي في الدار على تقدير التشطير ، لو قال أحدهما : بعت نصفي من الدار بثلاث الدار من نصفك ، فقال المخاطب : قبلت . قال : لا يمتنع أن يحصل بهذه المعاملة أحدهما على الثلثين ، ويبقى للآخر الثلث .

وهذا عندي كلام ملتبس ، لا أصل له . والوجه القطع بفساد هذا النوع من المعاملة .

ولو قال أحد الشريكين لصاحبه مع استمرار الشيوخ : بعت نصفي من الدار بنصفك ، فلا يجوز أن يقدر هذا بيعاً^(١) ، حتى يترتب عليه تقدير شفعية ، أو غيرها من أحكام البيوع ؛ فإن وضع الشرع في البيع على إفادة التبادل ، ولا يتحقق مع أطراد الشيوخ ، فلا وجه لما قال إذا .

فَبَيْعٌ : ٤١٩٠- إذا استعار رجل جداراً ووضع عليه جذوعاً ، ثم انهدم الجدار ، نظر : فإن أعيد الجدار بأعيان جديدة ، لم يملك المستعير ردّ الجذوع على الإعارة الأولى ، وإن أعيد الجدار بنقصه من غير مزيد ، واستعمال عين جديدة ، فقد^(٢) ذكر العراقيون وغيرهم وجهين في أن المستعير هل له ذلك من غير مراجعة ؛ بناءً على الإعارة/ الأولى ؟ ففيه الخلاف الذي ذكرناه .

٢٠٩ ش

ولا ينبغي أن يُعتقد خلاف في أن صاحب الجدار ، لو منع من الإعادة يبقى للمستعير خيار . ثم إذا منع ، فلا يغرم ما يغرمه لو رفع الجذوع ، ونقض بناء المستعير ، مع بقاء الجدار ، فعاد الخلاف إذا إلى الاستمرار على حكم [الإعارة]^(٣) الأولى . ثم لو فرض إعادة الجذوع تفرعاً على جواز ذلك ، فلا ينقض المستعير إلا مع ضمان أرش النقصان .

(١) في الهامش ما نصه : حاشية : قد يتصور فائدة خارجة عن البيع ، بأن يكون قد حلف لبيعه نصيبه .

(٢) في الأصل : قد ذكر .

(٣) في الأصل : الإعادة .

فصل في

قال : « وإن كان السفلى في يد رجل ، والعلو في يد آخر ، فتنازعا سقفه . . . إلى آخره »^(١) .

٤١٩١- إذا كان السفلى في يد إنسان ، والعلو المسامت له في يد آخر ، فتنازع صاحبُ العلو والسفلى السقفَ الحائلَ بينهما ، نظر : فإن كان بناء سقف العلو قبل بناء سقف السفلى ممكناً ، بأن يفرض سقفٌ عالٍ ، ثم يفرض سقفٌ دونه ، بأن تدرج رؤوس الجذوع في وسط الجدار ، وينظم عليها السقف ، فإذا كان هذا التصوير ممكناً ، فالسقف الحائل بين العلو والسفلى إذا تداعياه ، فهو في أيديهما ؛ فإنه في حكم الجزء للعلو أرضاً ، وهو أيضاً في حكم الجزء للسفلى سماءً/ وسقفاً ، فصار توسط السقف بين العلو والسفلى كتوسط الجدار بين دارين ، الواقع سوراً لكل واحدٍ منهما . هذا إذا كان إحداث سقفٍ للسفلى ممكناً بعد تقدير سقف العلو .

٤١٩٢- فأما إذا كان لا يمكن [إحداث]^(٢) سقف السفلى على وسط الجدار بعد امتداده إلى منتهى العلو ، وذلك كالأزج ، فإنه لا يمكن استحداثه على وسط الجدار ، فإذا كان كذلك ، علمنا أن السقف بُني أولاً ، واستحدث بعده جدار العلو وسقفه ، فالسقف في هذه الصورة في يد صاحبِ السفلى .

٤١٩٣- ومما يجب تأمله فيما قدمناه من تفصيل القول في التنازع في الجدار الممتد بين الدارين : ذكرنا تفصيلاً في الأزج ، وجعلنا الأزج المبني على الجدار المستوي بمثابة الجذوع التي توضع بعد تمام بناء الجدار ، [والأزج]^(٣) الذي قوَّس له الجدار من أسفه هو المعتبر ، وهذا التفصيل لا وقع له فيما ذكرناه في السفلى والعلو ؛ فإن الجدران المحيطة بفضاء السفلى لا نزاع فيها ، وهي مختصة بيد صاحبِ السفلى ، والأزج هو

(١) ر . المختصر : ٢٢٥ / ٢ .

(٢) زيادة من المحقق ، رعاية للسياق .

(٣) في الأصل : والجدار . وهو سبق قلم .

الذي فيه الكلام ، وقد/ تبين أنه [ما]^(١) بُني أرضاً للعلو ، وإنما تم بناء السفلى ٢١٠ ش بالأزج ، ثم كان استحداث العلو بعده ، فلم يكن الأزج مضافاً إلى العلو والسفل ، على قضية الاستواء أرضاً وسماً . وهذا بين .

٤١٩٤- فإن كان السقف كما ذكرناه في القسم الأول ، وحكمنا بأنه في أيديهما ، فلا خلاف أن صاحب العلو يجلس عليه ، ويضع عليه أثقاله على الاعتقاد في مثله ، وهذا انتفاعٌ بالمشترك ، وقد تقدم امتناع الانتفاع بالمشترك ، ولكن هذا منزل على الاعتقاد في مثله .

واتفق الأصحاب على أن صاحب السفلى ، لو أراد تعليق شيء من السقف ، لم يمنع منه ، والسبب فيه أن صاحب العلو انتفع بالسقف ، وملك تثقيله بنفسه وأمتعته ، فملك صاحب السفلى مساواته في تعليق الأثقال في السقف ، وهما محمولان على حكم العادة في الباب .

هذا هو المذهب الظاهر .

ومن أصحابنا من لم يجوز لصاحب السفلى تعليق ثقل في السقف ، ويُلزِمه أن يكتفي بالاستئصال من السقف . ومن أصحابنا من قال : إن أمكن التعليق من غير/ إثبات وتد ٢١١ ي في جرم السقف ، جاز ، مع اجتناب السرف ، ولزوم الاقتصاد ، فأما إثبات الوتد في جرم السقف ، فممتنع . فتحصل ثلاثة أوجه على ما ذكرناه .

٤١٩٥- والذي يجب الاعتناء به صرف الفكر بين الجدار الممتد الواقع بين الدارين سوراً لهما ، وبين السقف الفاصل بين العلو والسفل ، فنقول :

أصل الفرق لا بد منه ؛ فإن جلوس صاحب العلو ، ووضع الأثقال على السطح انتفاعٌ ظاهر مؤثر في السقف ، وهو مسوّغ بلا خلاف ، ولا يجوز مثله في الجدار الممتد بين الدارين ، والسبب فيه أنا لو منعنا صاحب العلو مما ذكرناه ، لتعطّل العلو ، فكان هذا في حكم الضرورة ، من وضع العلو والسفل ، ثم ثار الاختلاف بين

(١) في الأصل : لما .

الأصحاب في صاحب السفلي ، ثم حاولوا أن يسوّوا بين صاحب السفلي والعلو ، فكان الظاهرُ تملك صاحب السفلي تعليق شيء في السقف ، ليوازي صاحب العلو في تثقيب السقف . ومنع مانعون ذلك ، صائرين إلى أن الاستغلال في حق صاحب السفلي هو ش ٢١١ قُدِّرَ الضرورة ، وفصل فاصلون/ بين نصب الوتد والتعليق وغير ذلك ، كما قدمناه .

٤١٩٦- وكان شيعي يقول : إذا منعنا صاحب السفلي من نصب وتد في الوجه الذي يليه من السقف ، فمنع صاحب العلو في العلو من [غرز]^(١) الوتد أيضاً ؛ إذ لا ضرورة فيه . وإن جوزنا لصاحب السفلي نصب الوتد في الوجه الذي يليه ، فهل يجوز ذلك لصاحب العلو ؟ فعلى وجهين ؛ فإن صورة التعليق قد تُحوج إلى نصب وتد ، ولا يتحقق مثله على هذا النسق في حق صاحب العلو .

وما اختلف الأصحاب فيه من التعليق ، فيما يُقدَّر له أثر ، فأما ما لا أثر له كتعليق ثوب ، أو غيره ممّا لا يؤثر على طول الدهر في السقف ، فلا منع منه ، ولا يُدرج في الخلاف الذي حكيناه ؛ إذ هو بمثابة الاستناد إلى الجدار المشترك الممتد بين الدارين . وقد يتعلق بهذا الفصل أحكام من عمارة الأملاك المشتركة .

فصل في

٤١٩٧- الأملاك المشتركة إذا استرمت^(٢) ، ومست الحاجة إلى العمارة ، فإن توافق الشريكان على العمارة ، أو على تركها ، فلا كلام .

ي ٢١٢ وإن امتنع أحدهما عن العمارة ، ودعا الثاني [إليها]^(٣) ، ففي إيجاب الممتنع عن العمارة قولان : أقسهما وهو المنصوص عليه في الجديد - أنه لا يجبر الممتنع ؛ فإن [الملك]^(٤) المشترك يشتمل على ملك الممتنع وعلى ملك غيره ، ويبعد أن يجبر

(١) في الأصل : غير . والمثبت تقدير منا على ضوء المعنى .

(٢) استرمت : أي احتاجت إلى ترميم وإصلاح ، وفي هامش الأصل : استهدمت والمعنى واحد ، فاستهدمت أي آلت إلى الهدم ، وأوشكت عليه .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) زيادة من المحقق .

لملكه ، كما لو انفرد بملك شيء ، ويبعد أن يجبر لملك غيره .

والمنصوص عليه في القديم أن الممتنع يُجبر على العمارة ، وهذا القول مبني على مصلحة عامة لا سبيل إلى إنكارها ، ولو لم يفرض الإيجاب ، لأفضى إلى ضرر بين ، سيما في القنوات ، وما في معناها من الضياع وغيره . وإن كنا نجبره على القسمة لضرر المداخلة في المساهمة ، فالضرر بترك العمارة أشد وأعظم .

التفريع على القولين :

٤١٩٨- إن جرينا على الجديد وفرضنا الكلام في العلو والسفل ليقس الناظر على محل الكلام ما في معناه ، قلنا : لو انهدم العلو ، والسفل ، وامتنع صاحب السفلى من العمارة ، لم نجبره ، فإن قال صاحب العلو لصاحب السفلى : أنت حامل ثقلي ، فأعد الأمر إلى ما كان ، واحمل ببناء السفلى ثقل العلو ، لم نجبه إلى مراده في إجبار صاحب السفلى ؛ فإن جدران السفلى خالصة ملكه ، فلم يُجبر على إعادتها . وما ذكره صاحب العلو من حقه/ مردود عليه ؛ فإن ذلك إنما يثبت إذا بُني السفلى ، فأما الإيجاب على ٢١٢ ش تحصيل السفلى لمكان العلو ، فلا سبيل إليه على هذا القول .

٤١٩٩- فلو قال صاحب العلو : أنا أبني السفلى ، وأعيد عليه علوي ، فلا يمتنع عليه البناء ، وإن كان ذلك تصرفاً في ملك صاحب السفلى ؛ فإننا إن كنا لا نلزم صاحب السفلى شيئاً ، فإبطال حق صاحب العلو محال ، ومنعه من التوصل إلى حقه في العلو ببناء السفلى تعطيل لصاحب العلو .

ثم لا يخلو إما أن يعيد السفلى بالنقض القديم من غير مزيد ، وإما أن يُدخل فيه أعياناً من ملك نفسه ، وأي الأمرين فعل لم يُمنع منه . أجمع الأصحاب عليه ، لما ذكرناه ؛ لأن المنع من ذلك تعطيل لحقه .

٤٢٠٠- ثم ينظر : فإن بنى بالنقض القديم ، وكانت أعيان السقف الفاصل بين السفلى والعلو عتيقة ، فلصاحب السفلى أن يأوي إلى سفله ، وينتفع به على حسب ما كان ينتفع به قبل [من] ^(١) المسكن والاستغلال .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

فلو قال صاحب العلو : اغرم لي أجرة البانين ، لم يجب إلى ذلك . وإن قال :
أمنعك من السكون^(١) ، لم يجب إلى ذلك ؛ فإنه أوى إلى ملك نفسه . وإن قال : إذا
ي ٢١٣ كان/ كذلك ، فأنا أنقض بنائي ، وأرؤد الأمر إلى ما كان ، نُظر : إن لم يأت بعين
جديدة في البناء ، فليس له نقضه ؛ إذ ليس له في الجدار إلا حق الصنعة ، وقد كان
انفرد بها ، ولا سبيل إلى استدراك الصنعة ، فالصنعة^(٢) لا تستدرك .

وإن كان أعاد جدران السفلى بأعيان من عند نفسه ، [فله نقضه]^(٣) ، وليس له منع
صاحب السفلى من السكنى إلى اتفاق النقض ؛ لأنه يقول : أنا أدخل ملكي ، فلا سبيل
إلى منعه ، ثم حيث نمنعه من النقض - وذلك إذا لم يحدث عيناً في البناء - فلو هدم ،
فالمذهب أنه يغرم ما ينقضه النقض ؛ فإنه إذا بنى ، فقد انقطع عمله ، والبناء على
صفته مملوك لصاحب السفلى ، فإذا هدمه ، كان جانياً على ملك غيره . وسنمهد هذه
القاعدة في كتاب الغصب ، ونذكر فيها ضبطاً لبعض الأصحاب ، إن شاء الله تعالى .

٤٢٠١- ولو كان بنى السفلى بأعيان ملكه ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أنه لا يمنع
صاحب السفلى من الانتفاع بالسفلى سُكنى ، وليس للباني إلا النقض ، والرجوع إلى
عين ماله .

ش ٢١٣ وذكر صاحب التقريب وجهاً أن لصاحب العلو/ الباني [منع]^(٤) صاحب السفلى فيقول له
إما أن تبذل قيمة أعيان ملكي ، وإما أن تنكف عن الانتفاع بها ، وإذا دخلت السفلى ، فقد
انتفعت بالسقف والجدران ، وهي من أعيان ملكي ، وقد بنيت ولي البناء .

وهذا وجهٌ غريبٌ غيرٌ معتد به ، والمذهب والقياس ما قدمناه ، من أن الباني
لا يملك إلا نقض البناء ، فأما المنع من الانتفاع ، فلا . والذي ذكره صاحب التقريب
يشبه قياس المصالح ، والمصلحة تقتضي الإيجابَ على العمارة . وتفرعنا على
الجديد .

(١) أي السكن .

(٢) في الأصل : والصنعة .

(٣) في الأصل : فلم يقضه .

(٤) في الأصل : مع .

٤٢٠٢- فأما إذا قلنا بالقول الثاني ، وهو أن الممتنع مجبر على العمارة ، فلسنا نعني بها عمارة تجلبُ مزيداً ، فإننا لو أجبرنا عليها ، فقد لا نجد لها موقعاً ، [سيما في]^(١) ، وإنما الإجبار على العمارة التي لو تركت ، لاختل الملك بتركها ، ثم قد يتداعى الخلل .

فإن اتفق إجباره ، فلا كلام ، وإن لم يصادفه ، فالقاضي يبيع عليه ماله إن وجده ، وإن لم يجد له مالاً ، فله أن يستدين عليه ، وله أن يأذن للشريك في الإنفاق على شرط الرجوع على الشريك الغائب .

ثم الأولى أن يُشهد على ما يجري ليكون/ أقطع للخصومة . ولو لم يُشهد ، وأنكر ٢١٤ ي صاحبه ، [إذ ذاك]^(٢) يكون القول قول المنكر مع يمينه ، فإن استبد الشريك ، وأنفق بنفسه من غير مراجعة القاضي ، فالذي قطع به معظم الأصحاب أنه لا يرجع على شريكه .

وذكر شيخنا وصاحب التقريب وجهاً آخر أن للشريك أن ينفرد بالعمارة ، ويرجع ، وهذا الوجه خرجوه على ظفر صاحب الحق بغير جنس حقه ؛ فإننا في وجهه نجوز له الانفراد ببيع ما ظفر به ، واستيفاء الحق من ثمنه .

وقال قائلون : إن أمكنه مراجعة الحاكم ، [فليس له]^(٣) أن يستبد إذ ذاك بالإنفاق . وهذا أعدل الوجوه ، وله التفات إلى هرب الجمال واستئجار صاحب المتاع جملاً ، وستأتي تلك المسألة ، إن شاء الله تعالى .

٤٢٠٣- ثم قال الأئمة : كما اختلف القول في الإجبار على عمارة الملك المشترك ، كذلك اختلف القول في أن صاحب السفل هل يُجبر على العمارة ، مع العلم بأن السفل خالص حقه . ولكن يتعلق [بنيائه]^(٤) حقُّ صاحب العلو ، فجرى الإجبار

(١) ما بين المعقفين إما أنه جزء من جملة لم تتم ، أو هو مقحم في الكلام ، فالعبارة مستقيمة بدونه .

(٢) في الأصل : إذا أن ذلك . والمثبت اختيار منا على ضوء السياق .

(٣) في الأصل : فله أن يستبد . والمثبت تقديرنا من نرجو أن يكون هو الصواب . بل تأكد أنه الصواب ، عندما اطلعنا على عبارة النووي في الروضة : ٢١٧/٤ .

(٤) في الأصل : بنيانه .

على القول القديم على العمارة ؛ لمكان حق البناء لصاحب العلو .

ش ٢١٤ وإذا فرعنا/ على القول القديم ، فبنى صاحب العلو السفلى بأعيان ملكه ، فلو أراد نقضه ، فقال صاحب السفلى : لا تنقضه ، وأنا أغرم لك قيمة أعيان ملكك ، فأبى الباني إلا النقض ، فقد أجمع الأئمة في الطرق على أنه يُمنع من النقض على القديم ، ونسعف صاحب السفلى فننزع منه ببذل القيمة ؛ فإننا نفرع على القول القديم ، ومبناه على رعاية المصلحة ، والمصلحة تقتضي ما ذكرناه .

فصل في

٤٢٠٤- إذا ملك الرجل بيتاً ، فجاء رجل واشترى منه حق البناء على سطحه ، فقد أجمع أصحابنا على جواز ذلك ، ودلّ عليه نص الشافعي . ثم الذي أطلقه الأصحاب أن^(١) هذا بيعٌ ، واتفقوا على أنه لا يعتمد ملك عين ، ولم يمتنعوا من تأييد العقد ، والقضاء بلزومه ، وترددوا في جواز إنشاء هذا العقد بلفظ الإجارة ، فجوز بعضهم ذلك ، وامتنع آخرون مصيراً إلى أن الإجارة في وضع الشرع تستدعي إعلام المقصود^(٢) بطريق النهاية ، وذلك يحصل بضرب المدّة تارة ، وبذكر عملٍ متناهٍ أخرى : مثل الاستئجار على خياطة الثوب ونحوها .

ي ٢١٥ فإن قيل : ما وجه تسمية هذه المعاملة بيعاً ، ومقصودها منفعة ؟ قلنا : البيوع وإن كانت في الظاهر ترتبط بأعيانٍ تقضي بجريان الملك فيها ، فنهاية المقصود ترجع إلى الانتفاع ، وملك التصرف ، وهو ضربٌ من الانتفاع ، ولكن أضيفت المنافع إلى عينٍ هي متعلّقها ، وُضع^(٣) عن جميع حقوق المنافع فيها بلفظ الملك .

٤٢٠٥- قال المحققون : هذا النوع الذي نحن فيه بيعٌ حقوق الأملاك ، وقد قال الشافعي رضي الله عنه : الإجارة صنفٌ من البيوع ، وذهب المحققون إلى جواز عقد

(١) في الأصل : في أن . بزيادة لفظ (في) .

(٢) أي المقصود بالعقد .

(٣) وضع : أي اصطلاح ، وتووضع ، وعُبر .

الإجارة بلفظ البيع ، ومعتمد المذهب في ذلك مسيس الحاجة إليه ، وهو مضمون به ، يهون بذلك العوض في مقابلته . ثم إنما ينتظم هذا النوع من الانتفاع بالتأييد ، كما أن مقصود النكاح ينتظم بالتأييد ، ولا ضرورة إلى تأييد الاستئجار للسكون^(١) وغيره من جهات الانتفاع ، والأبنية^(٢) [وضعها]^(٣) التأييد . ويجوز الوصية بالمنفعة أبداً ؛ فإننا نحتمل في الوصية ما لا نحتمله في المعاملات . فهذا عقد المذهب .

٤٢٠٦- وذهب المزني إلى أن هذه المعاملة فاسدة ، لخروجها عن قضية الإجارة والبيع جميعاً ، وهذا معدود من مذهبه المختص^(٤) به ، لم يخرجها/ للشافعي . ٢١٥ ش واحتج المزني بأن قال : لو أخرج الرجل جناحاً في ملك غيره بعوض ، لم يصح ذلك ، فليكن ما نحن فيه بهذه المثابة .

قلنا له : ما استشهدت به يعتمد الهواء المحض ، وأما حق البناء ، فإنه يتعلق بعين ، والدليل عليه أن المزني لا يمنع استئجار بقعة مدة معلومة للبناء عليها ، ولا يجوز فرض مثل هذا في إشراع الجناح ، فبان افتراق الأصلين ، في باب جواز المعاملة ، في جواز أحدهما ونفيه في الثاني ، وآل الكلام بعد ذلك إلى أنا نجوز تأييد المعاملة للحاجة الماسة ، كما تقرر ، ولا [نمنع]^(٥) أيضاً من تقرير هذه المعاملة إن وقع التوافق عليها .

٤٢٠٧- وينتظم للفقهاء في ذلك مراتب : إحداها - البيع . والتأييد مستحق فيه ؛ فإنه يتضمن التملك الحقيقي ، واستئصال حق المتقدم^(٦) بالكلية .

(١) السكون : السكن من وضع المصدر مكان اسم المصدر .

(٢) المراد الأبنية موضوع المسألة ، أي التي تبنى فوق سطحٍ يشترى لذلك .

(٣) في الأصل : وصيغها . وهو تصحيف واضح .

(٤) يميز إمام الحرمين بين شرح المزني لكلام الشافعي ، والتخريج على نصوصه ، وبين اختيارات المزني ، وتخريجاته على غير نصوص الشافعي ، ومعاني كلامه ، ويسمى هذا مذهباً للمزني .

(٥) في الأصل : يمتنع .

(٦) كذا . والمعنى : « حق المالك المتقدم » فلعل لفظ (المالك) سقط من الناسخ .

[و] ^(١) هذا يشعر على ^(٢) بقاء الملك للمُكري ^(٣) ، ودخول المستأجر على وجه الإلزام ، والأصل لغيره .

ثم هذا ينقسم إلى ما يجب ضبطه بالنهاية ؛ إذ لا حاجة إلى إثباته دون الضبط ، وفي هذا القسم ضرورات الإجازات ، ويقع في هذا ما يظهر فيه قصد التأيد ، كما ي ٢١٦ نحن فيه ، ولا يمتنع / تأقيته أيضاً .

ومن المراتب - ما يقصد فيه المنفعة ، ولكن لا ينتظم أيضاً إثباته على نعت التأقيت [كالنكاح] ^(٤) ؛ فإن الغرض منه التواصل والتوصل ^(٥) إلى النسل ، وذلك ينافيه التأقيت . [و] ^(٦) لما كان النكاح يسوغ تأقيته في ابتداء الإسلام - لعله ^(٧) - كان يشير إلى اكتفاء بعض الناس بقضاء الأوطار أياماً معدودة ، ثم استقر الشرع على استحقاق التأيد ؛ ليقع النكاح على وضعه ، ثم قدرة الزوج على الطلاق تُفيدة الاستمكان من الخلاص إن أراد .

٤٢٠٨- ثم ما ذكرناه من المعاملة لا يختص بحق البناء ؛ إذ لو أراد ابتياع حق الممر ، أو حق مجرى الماء ، أو مسيله ^(٨) في ملكه ، ساغ ذلك كله . والضابط أنها حقوق مقصودة ، تتعلق بأعيان الأملاك .

وهذا يقص ^(٩) من لا خبرة له بالحقائق ، وزعم أن هذه المعاملات بيع ، والمبيع

(١) زيادة من المحقق . والإشارة (هذا) إلى ما نحن فيه من بيع حق البناء على السطح .

(٢) كذا . و(على) هنا بمعنى (الباء) أي : «يشعر ببقاء الملك للمُكري» .

(٣) العبارة فيها نوع اضطراب ، وسقط ، فالمعنى : «وبيع حق البناء فوق السطح هذا يشبه الإجارة ، فهي تشعر ببقاء الملك للمُكري ، ودخول المستأجر على وجه الإلزام ، والأصل لغيره» راجع هذا المعنى ، والحكم بأن هذا يشبه الإجارة من جهة ، والبيع من جهة أخرى ، عند الإمام النووي - الروضة : ٢١٩/٤ وما بعدها . وانظر الأشباه والنظائر للسبكي ؛ فقد نقل هذا الكلام عن النهاية ، ورتبه وفصله على نحو ما أشرنا . (ر. الأشباه والنظائر : ٣٠٦/٢ ، ٣٠٧) .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : والتواصل .

(٦) في الأصل : لما كان (بدون الواو) .

(٧) الضمير في «لعله» يرجع إلى (التأقيت) .

(٨) في الأصل : أو في مسيله .

(٩) كذا . والمعنى واضح من السياق ، على أية حال . وإن كنا لم نصل إلى صاحب هذا القول ،

منها الصفحة العليا من الموضوع الذي يتعلق الحق به ، وإنما أتى هذا القائل من ضيق العطن^(١) ، وبلادة الفطن ، والمصير إلى [أن]^(٢) ما سماه الشرع^(٣) بيعاً يستدعي عيناً مملوكة^(٤) .

وقد مهدنا القول في هذا بما فيه أكمل مقنع .

٤٢٠٩- ثم إذا تمهدت المعاملة ، فلا بد فيها/ - وإن تأبّدت - من الإعلام اللائق ٢١٦ ش بها ، فإن كان مقصودها البناء على جدار ، فلا بد من إعلام المبنى ؛ فإن الغرض يختلف بذلك ، فتذكر الجدران طولاً وعرضاً ، وتوصف بكونها مُطبقة أو رَصفاً ، وتوصف السقوف بما يشتهى ، ولم يشترط معظم أصحابنا ذكر الوزن ، وحكى شيخنا عن بعض الأصحاب اشتراط ذلك . وهذا غلوٌ ومجاوزةٌ لحكم العادة في الإعلام .

٤٢١٠- ومن اشترى من أرضٍ حقَّ البناء عليها ، فلا حاجة [بعد]^(٥) تعيين الأرض وإعلام رقعتها إلى إعلام القدر المبنى ؛ فإن الأرض تحتمل كلَّ ثقل . وعلى هذا قال الأئمة : لا يجوز أن يقول الباني على العلو : أبني ما أشاء ، ويجوز إيراد المعاملة على الأرض بهذه الصيغة .

٤٢١١- ومن لطيف ما يذكر في ذلك أن من اشترى البناء على علوٍ ، وصح له ما يبغيه ، ثم انهدم السفلى ، فالقول في عمارة السفلى والإجبار عليها ، كما تقدم .

٤٢١٢- والغرض الآن أن ما اشتراه إذا سلّم إليه ، وثبتت يده عليه ، ثم فرض التلف ، فلا يكون ذلك بمثابة انهدام الدار المكراة ؛ فإن الإجارة تنفسخ ، وقد تقدّم أن المقصود/ من المعاملة التي نحن فيها منفعةٌ مؤبدة ، فلا انفساخ ؛ إذ لا خلاف أن ٢١٧ ي

= الذي وصفه الإمام بهذه الصفات .

(١) ضيق العطن : قلة الحيلة ، والعجز (معجم) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : ما سماه علماء الشرع . (وواضح أن لفظ (علماء) مقحمة في الكلام) .

(٤) مملوكة ، أي تملك بعقد البيع للمشتري .

(٥) في الأصل : إلى تعيين . وهذا تقديرٌ منا .

السفل لو أعيد ، فحق البناء ثابتٌ لمستحقه ، والدار لو أعيد بناؤها ، لم تعد الإجارة التي حكمنا بانفساخها .

فخرج مما ذكرناه أن التلف بعد التسليم لا يوجب الانفساخ ، والعوض المأخوذ لا يرتد ، ولكن من أتلّف هذا الحق على إنسان ، ضمن له قيمته ، فيقال له : [اغرم^(١) قيمة حق البناء على هذا الموضع .

٤٢١٣- ولو باع صاحب السفّل حقّ البناء ، ثم إنه أتلّف السفّل بعد التسليم ، وغرمناه القيمة كما ذكرناه ، وقررنا العوض في يده ، فلو أعاد البناء بعد سنة مثلاً ، فيعود حق البناء . ويسترد تلك القيمة ، ويُقضى بأنها سلمت في مقابلة الحيلولة ، كما يغرمُ الغاصب قيمة العبد المغصوب إذا أبق ، وإذا رجع استردّ العوض المبذول على مقابلة الحيلولة .

٤٢١٤- فإن قيل : فهل يغرم متلف السفّل لمستحق البناء على العلو أجره البناء للمدة التي دامت الحيلولة فيها ؟ قلنا : لا سبيل إلى ذلك ؛ فإن هذا مما يبعد ش ٢١٧ تبغيضه ، ومن هدم على رجل داره ، غرم أرش النقص ، ولم يغرم قيمة / منفعة [الدار]^(٢) بعد هدمها ، كذلك القول في إتلاف السفّل ، وتعطيل حق البناء .

ومن هذا الوجه يُشبه المعقود عليه في هذه المعاملة بالعين المملوكة تتلف .

والذي يوضح المقصود : أن حق البناء إذا عاد ، فقيمته - وهو مؤبد - لا تنقص عن قيمته قبل هذا بسنين وهو مؤبد ، فإن ما يقدر لا يُحطّ مما لا يتناهى .

وليس من حصافة الفقيه أن يقول : قد يستأجر الرجل علواً للبناء عليه عشر سنين ، فلنوجب مثل ذلك العوض على من أوقع الحيلولة في تلك المدة ؛ فإن مسألتنا مفروضة فيه إذا عاد إليه الحق المؤبد ، فليفهم الناظر ، [وليتأن^(٣)] في هذا المقام .

فَبَيِّنْ : ٤٢١٥- إذا كان للإنسان حق مجرى ماء في ملك غيره واسترم^(٤) ذلك

(١) في الأصل : كم .

(٢) في الأصل : الدور .

(٣) في الأصل : « وليتأتي » .

(٤) في هامش الأصل : « واستهدم » (نسخة أخرى) .

[المجرى]^(١) ، فلا يجب على صاحب [الحق]^(٢) المشاركة في العمارة ؛ فإن تيك العمارة تتعلق بأعيان الملك ، وليست الأعيان لمستحق المجرى .

ولو كان ذلك [الاختلال]^(٣) بسبب جريان الماء ، فعمارة المجرى على مَنْ ؟ هذا محتملٌ عندي ، والظاهر أن العمارة لا تجب على مستحق الجري ، ولعلنا نطلع [في]^(٤) ذلك على تصرفٍ/ لبعض الأصحاب فنلحقه بهذا المحل .

٢١٨ ي

فصل في

٤٢١٦- إذا كان لرجل سُفل دارٍ ، أو سُفل خانٍ^(٥) ، وما فيه من بيوت ، وأروقة ، وصُفَفٍ^(٦) ، وكان علو الخانٍ لآخر ، وصاحب العلو كان يرقى من درج في السفلى إلى علوه . فلو تنازعا في العرصة هي في يد من ؟ فكيف التفصيل ؟ قال علماؤنا : إن كان المرقى في آخر الخان ، بحيث يخرق الماشي إليه العرصة ، فالعرصة - والحالة هذه - في يد صاحب السفلى والعلو جميعاً ؛ فإنها محل انتفاعهما . أجمع الأصحاب على هذا في الطرق .

وفي القلب من هذا أدنى شيء ؛ من جهة أنا لا نلقى لصاحب العلو في العرصة إلا حق الممر ، وقد قدمنا في الفصل السابق أن حق الممر يجوز أن يُشترى على حياله ، ووجدنا لصاحب السفلى حق الممر ، والتبسط في العرصة ، بالوضع فيها ، والجلوس ، وما شاء من ذلك ، وكان لا يبعد في طريق المعنى ألا يثبت لصاحب العلو

(١) في الأصل : الماء . (وهو سبق قلم) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : لاحتمالٍ .

(٤) في الأصل : على .

(٥) الخان : فارسيٌّ بحت ، وهو الحانوت ، وهو موجود في جميع اللغات الشرقية الدارجة ، ويطلق على الدكان ، والمخدع ، والماخور . (هذا ما قاله أدبي شير . في معجمه : الألفاظ الفارسية المعربة) وفي المعجم الوسيط : فارسي معرب ، بمعنى : الفندق ، والханوت ، والمتجر ، والحاكم . قلت : والمراد هنا : المتجر .

(٦) صفف : جمع صفة ، وهي الظلة ، والبهو الواسع العالي السقف . (معجم) .

إلا حقَّ الممرّ ، فأما الملكُ في رقة العرصة ، فلا .

ولم يصّر إلى هذا أحدٌ من الأصحاب ؛ فإنَّ المقصود الظاهر من العرصات ش ٢١٨ المرور ؛ والذي يرقى / إلى العلو لا يلزمه أن يستد^(١) في مقابلة المرقى ، ولو أراد أن يجلس ساعة ، أو يقف ، فلا منع . وكذلك جرى العرف بأن صاحب العلو لا يُمنع من وضع شيء في عرصة الخان .

فهذا منتهى القول في ذلك .

٤٢١٧- ولو كان المرقى في دهليز^(٢) الخان ، فتنازعا في ذلك ، فقد ظهر اختلاف الأصحاب في ذلك : فمنهم من قال : اليد فيها لصاحب السفلى . ولعله الأصح ، ووجهه بيّن .

ومنهم من قال : هي في أيديهما ، وهذا الخلافُ قرّبهُ الأصحابُ من التردد الذي ذكرناه في السكة المنسدة^(٣) الأسفل^(٤) ، إذا أشرع بعض السكان جناحاً في أسفل السكة ، فهل يثبت لمن أعلاها حقُّ الاعتراض ، ولا ممرّ له في أسفل السكة ، وهذا التشبيه قريب .

ويمكن أن يقال : العلو محتفٌ بالعرصة احتفاف السفلى ، والهواء [محتوش]^(٥) بالسفلى والعلو ، فلا يبعدُ والحالة هذه أن تضاف العرصة إليهما ؛ فإنه يقال : صحن الخان ، وعرصة الخان ، والعلو والسفلى من الخان . وهذا الذي ذكرناه ظاهر فيه إذا كان مالك العلو يحيط ملكه بالعلو كله .

ي ٢١٩ وإن ملك بعضاً منه ، وملك / إنسان بعضاً من السفلى ، فالاستحقاق من المستحق على قدر الاستحقاق في السفلى والعلو ، على التفصيل الذي ذكرناه .

(١) يستد : يستقيم .

(٢) الدهليز : المدخل بين الباب والدار . (معجم) .

(٣) في الأصل : المفسدة . وهو تصحيف عجيب .

(٤) في الأصل : الأسفل فيه إذا .

(٥) في الأصل : مخصوص . والمثبت من نسخة أخرى (بالهامش) .

٤٢١٨- ولو كان المرقى على نصف العرصة لا في صدر الخان ، فإن قلنا : اليد في العرصة لهما لو كان المرقى في الدهليز ، فما الظن بهذه الصورة ؟ وإن قلنا : يختص باليد على العرصة صاحب السفلى ، إذا كان المرقى في غير الدهليز ، فاليد تثبت لصاحب العلو على ما يُسامت ممشاه من العرصة ، وفيما وراء المرقى التردد الذي ذكرناه في أعلى السكة وأسفلها .

وهذه الصورة على حالٍ أولى بأن تثبت اليد فيها لصاحب العلو على ما لا ممشي له فيه من العرصة .

٤٢١٩- ولو كان مرقى العلو خارجاً من خطة الخان ، فيبعد - والحالة هذه - أن يثبت لصاحب العلو يدٌ في العرصة ، وليس كما لو كان المرقى في الدهليز ؛ فإنَّ الدهليز من العرصة ، فكان من العرصة كأعلى السكة من أسفلها .
هذا قولنا في العرصة وثبوت اليد فيها .

٤٢٢٠- فأما الدرج والمرقى ، فقد قال الأصحاب : إن لم يكن لصاحب السفلى به انتفاع ، ولم يكن تحته/ بيت مسكون ، فاليد في المرقى لصاحب العلو فحسب . وإن ٢١٩ ش كان ينتفع صاحب السفلى بالدرج ، بأن كان يصفف عليها الصفريّات^(١) وغيرها ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن اليد لصاحب العلو ، كما ذكرناه .
والثاني - أنهما مشتركان ؛ فإنهما مشتركان في المنفعة .

والأصح الأول ؛ فإن الدرج لا تبنى لذلك ، وإنما تبنى للرقى فيها .
ولو كان تحت المرقى بيت ، وهو سقفه ، فاليد لهما في الدرج ؛ فإنها سقف أحدهما من جهة ، وممرّ الآخر من أخرى ، فصار كالسقف من السفلى والعلو .
ولو كان لا ينتفع صاحب السفلى إلا بوضع الجدار والكيزان^(٢) تحت الدرج مستظلاً

(١) الصُّفْر (بضم الصاد) : النحاس ، وفي (اللسان) : قال الجوهري : الذي تُعمل منه الأواني .
أ. هـ والمقصود هنا الأواني النحاسية . (ولعلها كانت وسيلة لعرض البضائع وحفظها) .

(٢) الكيزان : لم أصل إلى معنى لوضع (الكيزان) تحت الدرج ، والاستظلال بها . وعلى فرض أن الضمير يعود على الجدران ليكون الاستظلال بها ، فما معنى اختصاص الكيزان وحدها

بها ، فالظاهر أن ذلك لا يوجب له يدأ في الدرج ، وفيه شيء بعيد .

٤٢٢١- وأصل الدرج في يد من الدرج في يده ؛ فإن مغرس الشجر ، وأسس الجدار في يد من له اليد في الشجرة والجدار .

وقد نجز الغرض من المسائل المقصودة في الصلح . وذكر المزني فصولاً معادة ، قليلة الفائدة ، سنجمعها في فصل في آخر الكتاب .

فصل في

ي ٢٢٠ قال : « وإن كان لرجل شجرة ، أو نخلة ، فاستعلت أغصانها . . . / إلى آخره »^(١) .

٤٢٢٢- إذا غرس الرجل شجرة في ملكه ، فعلت وانتشرت أغصانها في هواء ملك الغير ، فله أن يمنعه من ذلك ؛ فإن هواء ملكه حقّه ، وإن أمكن صرف الأغصان عن الهواء ، بأن تضم إلى الشجرة ، كفى ذلك ، وإن كان لا يتأتى تفريغ الهواء إلا بقطع الأغصان ، فلا بد من قطعها ، إذا طلب صاحب الهواء تفريغه .

وانتشار العروق تحت الأرض ، كانتشار الأغصان في الهواء ، والأرض أولى بالتنقية ؛ فإنها مملوكة ، والهواء حق الملك ، والشكاير^(٢) التي تنبت على العروق المنبثة لمالك العروق ، وإن حدثت في ملك الغير ، خلافاً لأبي حنيفة .

⁼ بالوضع تحت الدرج ؟ ولعل في الكلام تصحيحاً . أو أن الكلمة (عامية) من ألفاظ التجار في ذلك العصر . هذا مع أننا لم نجد لها في معاجم المعرب والدخيل (للشهاب الخفاجي ، وأدي شير ، والجواليقي) .

وعبارة الرافعي : « وإن كان تحته (الدرج) موضع حب أو جرّة ، فوجهان . . . والأصح أنه لصاحب العلو ، لظهور بنائه لغرض صاحب العلو ، وضعف منفعة صاحب السفلى » : فتح العزيز : (٣٣٦ / ١٠) بهامش المجموع .

(١) ر . المختصر : ٢٢٥ / ٢ .

(٢) الشكاير : جمع شكير ، وهو ما ينبت حول الشجرة من أصولها . (معجم) .

فصل يجمع المسائل التي ذكرها المزني

٤٢٢٣- ونحن نورد صورها ، ونرمز إلى المُعاد ، ونذكر ما يشتمل على فائدة جديدة . فمما ذكره : أن^(١) من صالح عن دراهم بدنانير ، أو عن دنانير بدراهم ، أو عن عين بدين ، أو عن دين بعين ، وكل هذا ممّا تقدّم . وممّا زاده أنه إذا جرى القبض في المجلس ، فيتعلق القول بتفريق الصفقة^(٢) .

٤٢٢٤- وممّا ذكره أن من ادعى داراً في يد إخوة ، وكانت تحت / أيديهم على حكم ٢٢٠ ش الإرث في الظاهر ، فقال المدعي : هذه الدار لي ، كان غضبها أبوكم مني ، فلو صدقه أخذ الإخوة ، وكذبه [الآخران]^(٣) . فيثبت الثلث بتصديق ذلك المصدق .

فلو صالحه الأخ المقر على جميع الدار ، فنقول : أما صلحه عما في أيدي إخوته ، فسيبيله كسبيل صلح الأجنبي عن العين المدعى عليه مع إنكاره ، وقد مضى ، فإن صححناه ، فذاك ، وإن أبطلنا الصلح في حق الآخرين ، فهل يصح في حقه ؟ فعلى قولي تفريق الصفقة ، وقد مضى هذا في تأصيل الكتاب .

فصل^(٤)

٤٢٢٥- إذا ادعى على رجلين داراً ، فأقر له أحدهما بنصيبه ، وأنكر الثاني ، فقد ثبت النصف بحكم الإقرار للمدعى ، فلو صالحه المقر عن النصف الذي أقر به على مال ، فالصلح صحيح بينهما . فلو قال الأخ المنكر : أخذ هذا النصف بالشفعة ، نظر : فإن كان سبب استحقاق كل واحد منهما مخالفاً لسبب استحقاق الثاني ، فيثبت

(١) لفظة (أن) لا موضع لها هنا ، فالكلام بدونها مستقيم ، والفقرة كلها فيها شيء .

(٢) واضح أن هنا سقطاً في الكلام ، فأى تفريق للصفقة إذا جرى القبض في المجلس ؟ ولعلها : « فإن جرى القبض في المجلس في بعض ، وبقي بعض ، فيتعلق القول بتفريق الصفقة » والله أعلم .

(٣) في الأصل : الآخر . والمثبت تقدير من رعاية للسياق .

(٤) في هامش الأصل : فرع - في نسخة أخرى .

للمنكر حقّ الشفعة ، كأن كان أحدهما اشترى نصيبه ، والثاني ورثه من جهةٍ أخرى ،
ي ٢٢١ أو آتبه . والسبب فيه/ أن السبب إذا اختلف ، فليس في إنكار المنكر في نصيبه
تكذيبُ المدعي في نصيب صاحبه ، وإن كان ثبت حقهما ظاهراً من جهة واحدة
لا تنقسم كالإرث مثلاً ، فإذا ادّعى عليهما ، فأقر أحدهما ، وأنكر الثاني ، ففي
[ضمن]^(١) إنكار المنكر تكذيبُ المدعي في جميع دعواه ، فإذا جرى الصلح ، وحكمنا
بصحته بين المدعي والمقر ، فالمذهب الظاهر أنه لا يثبت حق الشفعة للمنكر ، وأبعد
بعض أصحابنا فأثبت له الشفعة ، وهذا بعيد ، لا أصل له ؛ فإن الإنسان مؤاخذ بحكم
قوله في حق نفسه .

٤٢٢٦- ومما ذكره المزني أن من ادعى داراً في يد إنسانٍ ، فأقر المدعى عليه بها ،
ثم صالحه على أن يبني^(٢) على سطحها ، [جاز]^(٣) ، وهذا كلام عري عن التحصيل ،
وحاصله أنه أقر بالدار ، ثم طلب منه أن يُعير منه سقفها لبني عليه ، وليس هذا مما
يورد في المختصرات .

٤٢٢٧- ومما ذكره المزني نقلاً عن كتاب أدب القاضي^(٤) أن الشافعي قال : « لو كان
البيت علوه لواحد ، وسفله لآخر ، فأرادا أن يقتسماه على أن يصير العلو لصاحب
ش ٢٢١ السفّل ، والسفل لصاحب/ العلو ، قال الشافعي : لا يجوز ذلك » . وإنما نقل هذا تأكيداً
لمذهبه في أن حق البناء لا يجوز بيعه ، وهذا كلام مضطرب ؛ فإنه يجوز بيع العلو
بالسفل ، وإنما أورد الشافعي هذا في سياق ما لا يجبر عليه من أنواع القسم ، وعد منها
ما نقله ، ولم يُرد منع التبادل إذا صدر عن تراضٍ منهما ، ثم أنّى هذا من مراد المزني في

(١) في الأصل : ضمان .

(٢) أي المدعى عليه المقر ، كما هو صريح لفظ النووي : الروضة : ٢٢١/٤ .

(٣) سقطت من الأصل ، وزدناها ، حيث لا يتم الكلام بدونها . وهذا لفظ النووي في المرجع
السابق نفسه . والمزني يمنع ذلك ، بناءً على أصله في منع بيع حق البناء على السطح .
(مختصر المزني : ٢٢٥/٢) .

(٤) ر . مختصر المزني : ٢٢٦/٢ . ونص عبارته : « هذا عندي غيرُ منعه في كتاب أدب القاضي أن
يقتسما داراً على أن يكون لأحدهما السفّل ، وللآخر العلو ، حتى يكون السفّل والعلو لواحد » .

بيع حق البناء ، والمسألة التي نقلها في بيع العلو بالسفل ، والعلو مبني كالسفل .

٤٢٢٨- ومما نقله المزماني مسألة معادة في شراء الزرع^(١) ، ونحن نظردها بمزيد فائدة فيها ، فنقول : إذا ادعى رجل على رجل زرعاً في أرض ، فاعترف المدعى عليه ، وصالح عن الزرع على شيء ، فلا بُدَّ من شرط القطع ؛ فإنَّ الصلح مع الإقرار بيعٌ . وإن لم يجز شرط القطع ، والأرض لغير المقر ، لم يجز .

وإن كانت الأرض للمقر ، ففي المسألة وجهان ، تقدّم ذكرهما ، في باب بيع الثمار ، إذ ذكرنا أن من اشترى النخلة والثمرة جميعاً ، فليس عليه شرط القطع ، وإن اشترى الثمرة وحدها قبل بدو الصّلاح ، فلا بد من شرط القطع . وإن كانت الشجرة له والثمرة لغيره ، فاشترى الثمرة ، وضم/ ملكها إلى ملك الشجرة ، ففي اشتراط القطع ٢٢٢ ي الخلاف الذي ذكرناه الآن في الزرع .

٤٢٢٩- فلو أقر المدعى عليه بنصف الزرع ، ثم أراد بيعه ، وهو أخضر ، أو المصالحة عنه حيث يشترط القطع ، فالبيع فاسد ؛ فإنَّ قطع النصف غير ممكن ، ولا يتوصل إليه إلا بقطع الجميع^(٢) .

قال الأصحاب : لا يتصور [شراء]^(٣) نصف الزرع بشرط القطع ، إلا في صورة واحدة ، وهي إذا كانت الأرض والزرع مشتركين بين شخصين ، فاصطلحا على أن يصير الزرع خالصاً لواحد ، والأرض خالصة لآخر ، بشرط القطع . قيل : يصح ، ويلزم قطع النصف ، بحكم شرط القطع فيه ، وقطع النصف بحكم تفريغ المبيع^(٤) ، وهي الأرض ، وهذا فيه نظر .

وقد منع طائفة من المحققين البيع في هذه الصورة أيضاً ؛ فإن تفريغ الأرض من

(١) ر . مختصر المزماني : ٢٢٦/٢ .

(٢) لأن الإقرار بنصف شائع في جميع الزرع ، فلا يتأتى قطعه وحده .

(٣) في الأصل : سوى . والمثبت تقدير منارعية للسياق .

(٤) أي في هذه الحالة يصح شرط قطع النصف ؛ لأن الزرع سيقطع كُله ، نصف بشرط القطع ، ونصفه للآخر إخلاء للمبيع .

الزراع لا يجب بقطعه ، وإذا شُرط ، لم يجب الوفاء ، فيبقى تعذر استحقاق القطع . ثم الذين قالوا بالصحة ، بناءً على شرط تفريغ الأرض ، فلست أدري ما قولهم في أن شرط التفريغ هل يجب الوفاء به ؟ أم هو على الجواز ؟ هذا/ محتمل ؛ من جهة أن هذا ليس في المعقود عليه من الزرع ، وإنما هو في بيع حصّة من الأرض .

ولو باع رجل أرضاً مزروعة ، واستثنى الزرع لنفسه ، وشرط قلع الزرع ، وتفريغ الأرض منه ، ففي وجوب الوفاء تردد للأصحاب ، قدمت رمزاً إليه في بيع الثمار . وهذا منزّل على ذلك .

فَبَيِّنْ : ٤٢٣٠- إذا كان للرجل حقٌ مسيل ماءٍ في أرض الغير ، فليس له أن يدخل الأرض من غير سبب وحاجة . ولكن إن مسّت الحاجة إلى تنقيته من الحمأة^(١) ، وسدّ البثق^(٢) ، وغيره ، فله طروق الأرض ، لهذا السبب . هكذا قال الأصحاب .

* * *

(١) الحمأة : الطين الأسود المتّين ، والحمأة القطعة منه . (معجم) وهو يترسب عادة في مجاري المياه ، فيعوق سيرها .

(٢) البثق : موضع انبثاق الماء من نهرٍ ونحوه (معجم) .

كتاب الحوالة

٤٢٣١- الأصل في الحوالة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ وَإِذَا أَتَبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ »^(١) . وفي رواية « لِيُؤْجِدَ ظَلَمٌ ، فَإِذَا أَحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ ، فَلْيَحْتَلْ » .

والحوالة مجمعٌ عليها ، ونُسَمِّيها من طريق المعنى الارتفاقَ الظاهر ، وهي في مخالفتها قياس^(٢) البياعات ، لما فيها/ من الحاجة الحاقّة - تشبهُ^(٣) القرض ، ٢٢٣ ي والسلم ، والإجارة ، وكلّ عقدٍ أثبتّه الشرعُ مُرفَقاً خارجاً عن قياس النظائر .

٤٢٣٢- وأصل الحوالة في اللغة من الإحالة والتحويل ، وصورتها في محل الوفاق بيّنة ، ومدارها على ثلاثة أشخاص : المحيل - وهو من عليه الحق ، والمحتال - وهو صاحب الحق ، والمحال عليه - وهو الذي يحال بالحق عليه ، وعليه للمحيل مثل ما كان للمحتال على المحيل ، ولا يخفى أن الحوالة متضمنها مقابلة دين في ذمة بدين في ذمة أخرى .

٤٢٣٣- وقد اختلفت عبارة الأئمة عن حقيقتها وماهيتها ، فقال قائلون : الحوالة معاوضة ؛ لأن المحتال يعتاض ما للمحيل في ذمة المحال عليه عمّا له في ذمة المحيل ، والمحيل يعوّضه ماله في ذمة المحال عليه عما عليه للمحتال .

٤٢٣٤- وقال قائلون من أئمتنا : الحوالةُ استيفاءٌ ، ومن كان له دين ، فاستوفاهُ ،

(١) حديث أبي هريرة متفق عليه . وقد سبق الكلام عنه ، وعن الرواية الأخرى في أول باب حبس المفلس .

(٢) في الأصل بالرفع (قياس) وهو من الأخطاء الكثيرة في هذه النسخة السقيمة .

(٣) هذه الجملة الفعلية في محل رفع خبر لقوله : « وهي في مخالفتها . . . » .

فما قبضه ليس نفس الدين ؛ فإن الدين لم يكن متعيناً ، وليس ما عُيِّن عوضاً عن الدين هو الدين أيضاً ، بل هو الحق الموقف ، كذلك الحوالة أقيمت استيفاءً حقاً ، حتى كأن ش ٢٢٣ المحتال استوفى ما في ذمته^(١) عما كان له في ذمته^(٢) ، / وصار استحقاقه على المحال عليه ، وحلوله محل المحيل نازلاً منزلة استيفاء عين عن دين .

٤٢٣٥- وقال قائلون : تسمية الحوالة معاوضة محضة غير سديد ، وتسميتها استيفاء محضاً غير سديد ، والصحيح أنها مترتبة من المعاوضة والاستيفاء ، فهي معاوضة ضُمَّت استيفاءً ، واستيفاءً بطريق المعاوضة . وأقرب شيء شبهاً بها ما لو أخذ مستحق الدين عوضاً عما له في ذمة المديون ، فهذه معاوضة تضمنت استيفاء الحق .

٤٢٣٦- وذكر شيخنا بعد تزيف محض المعاوضة والاستيفاء قولين عن ابن سريج في حقيقة الحوالة : أحدهما - أنها معاوضة باستيفاء ، والثاني - أنها ضمان بإبراء ، فكان هو^(٣) عن حق المحيل .

أما القول الأول - فهو الصحيح . وحاصل الخلاف أن الغالب على الحوالة معنى المعاوضة ومعنى الاستيفاء ، فأما تضمناها المعنيين ، فلا خلاف فيه .

وأما القول الثاني - وهو أنها ضمان بإبراء ، فليس له معنى في أصل الحوالة ؛ فإن المحتال يملك ما في ذمة المحال عليه في مقابلة ما كان له على المحيل ، وإنما تحسن ي ٢٢٤ هذه العبارة إذا لم يكن على / المحال عليه دين ، كما سنصف ذلك بعد هذا ، إن شاء الله تعالى .

٤٢٣٧- ثم الأصل في الحوالة الأشخاص الثلاثة الذين ذكرناهم . ورضا المحيل والمحتال^(٤) معتبر ، أما رضا المحيل ؛ فإنما اعتبر ؛ لأنه مالك الدين على المحال عليه ، فلا يُستَحَقُّ عليه ماله على المحال عليه دون رضاه ، وأما المحتال ، فحقه ثابت

(١) ما في ذمته : أي ما في ذمة المحال عليه .

(٢) عما كان له في ذمته : أي ذمة المحيل . وعبرة الأصل : « عما كان له (ما) في ذمته » بزيادة لفظ (ما) ولعل في العبارة سقطاً أو خللاً .

(٣) كذا . والمعنى : فكان المحال عليه ضمن الحق عن المحيل ، وأبرأه المحتال .

(٤) في الأصل : « والمحتال عليه » بزيادة كلمة (عليه) . وهو سبق قلم من الناسخ .

على المحيل ، فلا يتحول حقه دون رضاه . والعبارة الجامعة لهما أنهما على مرتبة المعاوضين ، فلا بد من رضاهما .

وأما المحال عليه ، فالمذهب أنه لا يشترط رضاه ؛ لأنه متصرف فيه ؛ ورضا محل التصرف لا يشترط في المعاملات ، والمحيل والمحتال متصرفان . وقال أبو حنيفة^(١) يعتبر رضا المحال عليه ، وهو اختيار الإصطخري من أصحابنا . وهذا ضعيف لا اتجاه له .

٤٢٣٨- ومما نذكره في تأسيس الكتاب التفصيل فيما تجري الحوالة فيه . قال الأئمة : يشترط فيما تجري الحوالة فيه أمران : أحدهما - التجانس بين الدَّينين . والثاني - استقرار الدين ، ولزومه ، على ما نصفه .

٤٢٣٩- فأما القول في التجانس ، فلا تصح إحالة الدراهم على الدنانير ، وإحالة الدنانير على الدراهم ، وكذلك لا يصح إحالة الصحاح/ على المكسر ، وإحالة المكسرة ٢٢٤ش على الصحاح ؛ فإن الحوالة إذا اشتملت على ما ذكرناه ، لم تخل عن عوض للمحيل أو المحتال ، يستفاد مثله في المعاوضات المحضة ، وليس في الحوالة معاوضة محضة . وكشف ذلك أن الدين على المحيل إن كان صحاحاً ، فيستحيل أن يزول الاستحقاق عن صفة الصحة من غير قبض حسي ؛ فإنه لو قال^(٢) : أبرأتك عن الصحة ، لم يصح ، وكذلك عكس هذا . [فوعد]^(٣) المحتال لا يتحقق قبل القبض الحسي .

٤٢٤٠- ولو كان ما على المحيل [حالاً ، فالإحالة]^(٤) على مؤجل لم تجز ؛ لما ذكرناه من الغرض المشعر بحقيقة المعاوضة ، ولو حكمنا بالصحة ، لكان معنى الكلام أن يلتزم المحتال تأخيراً لم يكن . ولو أحال مؤجلاً على حال ، المذهب أنه لا يصح ؛ لغرض المحتال . ومن أصحابنا من قال : يجوز ذلك ، إذا غلبنا معنى الاستيفاء على الحوالة ؛ فإن الدين المؤجل لا يمتنع تعجيل توفيته ، فلتكن الإحالة على حال بمثابة تعجيل دين مؤجل . وهذا إن كان يخرج ، فعلى تغليب معنى الاستيفاء ، ولكن يلزم

(١) ر . مختصر الطحاوي : ١٠٢ ، البدائع : ٦ / ١٥ ، حاشية ابن عابدين : ٤ / ٢٨٩ .

(٢) قال : أي قال المحتال .

(٣) في الأصل : «موعد في» . والمثبت والحذف تقدير منا .

(٤) في الأصل هكذا : «خلافاً لإحالة» والمثبت تقدير منا على ضوء المعنى والسياق .

ي ٢٢٥ منه تصحيحُ إحالة الصحاح على/ المكسرة ، والمكسرة على الصحاح ؛ فإن ذلك يجري في الاستيفاء أيضاً مع الرضا ، من غير احتياج إلى اعتياض .

وكان^(١) شيخي ربما يذكر وجهاً ، ويقول : كلّ ما لا يؤخذ [في مقابلة الدين إلا معاوضة ، فلا تجوز الحوالة عليه ، وكل ما يؤخذ]^(٢) استيفاء من غير حاجة إلى الرضا ، فيجوز إحالة الدين عليه إذا كان ديناً ، وكل ما يجوز استيفاؤه ، ولكن يشترط فيه الرضا ، ففي جواز الإحالة الخلافُ الذي ذكرناه . والظاهر المنع .

وقال العراقيون : كل ما هو من ذواتِ الأمثالِ يجوز أن يحال الدين فيه على مثله ، وما ليس من ذواتِ الأمثالِ إذا فرض دينان مع اتحاد الجنس والنوع ، فهل تصح الإحالة فيه ؟ فعلى وجهين . ويمكن تصوير ثبوت العروض والحيوانات في الذمة ، في القرض على وجه ظاهر لا يحتاج إلى ردّ الأمر إلى الحوالة في السلم .
هذا قولنا في أحد الوصفين المعبرين ، وهو التجانس .

٤٢٤١- فأما الوصف الآخر وهو الاستقرار ، قال الأئمة : لا تصح الحوالة على نجم الكتابة ، ولا بنجم الكتابة ، كما لا يصح ضمانه .

وحكى العراقيون وجهاً غريباً عن ابن سريج : أنه صحح ضمانَ النجم ، والحوالة ش ٢٢٥ به ، وعليه . وهذا يأتي مشروحاً في أول كتاب الضمان ، إن شاء الله .

وقال العراقيون : الحوالة على نجم الكتابة فاسدة على ظاهر المذهب^(٣) ، فأما إذا أحال المكاتبُ بالنجم على دين ثابت ، فهو صحيح ؛ لأن^(٤) الجائز لا يضر أن يكتسب

(١) في الأصل : فكان .

(٢) في الأصل خللٌ في العبارة والمثبت تصرف منا ، نرجو أن يكون صواباً . كنا قد تصرفنا وأقمنا النص من عند أنفسنا وعند مراجعة تجارب الطباعة جاءني تلميذي وابني الحبيب علي الحمادي بالنص كاملاً ، نقله التاج السبكي في الأشباه والنظائر ، فأخذنا منه السقط الذي بين المعقفين . (ر. الأشباه والنظائر: ١/ ٣١١ ، ٣١٢) .

(٣) لأن نجوم الكتابة غيرُ لازمة على المكاتب ، وله إسقاطها ، متى شاء ، فلا يمكن إلزامه الدفع إلى المحتال .

(٤) التعليل - بقوله (لأن) - لجواز الحوالة بنجم الكتابة ، فالمعنى : أنه تصح إحالة السيد بنجم الكتابة - على جوازه - لأن تحصيل الجائز واكتسابه ، لا منع منه .

نادراً . والذي ذكره القاضي منعُ الحوالة بالنجم وعلى النجم ؛ فإن وضع النجوم على الجواز .

وتحصيل القول في هذا عندنا أن المكاتب يُحيل بالنجم الأخير الذي يحصل العتق به ، وكذلك يحيل بجميع النجوم دفعة واحدة . فأما الإحالة على المكاتب بالنجم الأخير لا^(١) يجوز ؛ إذ لو قدر جوازها ، لما عَتَقَ المكاتب ؛ إذ عتقه يوجب براءته ، وإذا برىء ، فما الذي يؤديه إلى المحتال ؟ بخلافِ الحوالة بالنجم^(٢) ؛ فإن الدين يبقى في ذمة المحال عليه ، ويعتق .

٤٢٤٢- هذا ولم يذكر في شرط الحوالة ما لا خفاء به ، وهو أن تتعلق بدينين ، ولا يجوز فرضُ عَيْنٍ في أحد الشقين .

٤٢٤٣- ومما يتعلق بأصول الكتاب الحوالة على من لا دين عليه ، وقد ذكر ابن سريج فيها وجهين : أحدهما - أنها لا تصح . والثاني - أنها تصح ، وخرَجَ هذا على تغليب المعاوضة أو^(٣) الاستيفاء ، وقال : إن قلنا : / إنها معاوضة ، لم يصح ؛ إذ ٢٢٦ ي لا عوض في أحد الشقين ، وإن قلنا : استيفاءً ، صح . وكأنَّ من لا دين عليه وفي الدين على مستحقه ، وذلك غير ممتنع .

وهذا كلام مختلط . والصحيح عندنا [أن]^(٤) يخرجَ هذا على أصلٍ سيأتي في الضمان ، وهو أن الأجنبي الذي لا دين عليه لو ضمن ديناً على إنسان ، على شرط براءة المضمون عنه ، ففي صحة ذلك وجهان سيأتي ذكرهما ، والذي نحن فيه بهذه المثابة ؛ فإن المحال عليه لا دين عليه ، وإنما التزم على شرط أن يبرأ من أحال عليه ، وليس ما نحن فيه مأخوذاً من ذلك ، بل هو عينه .

٤٢٤٤- ثم إن قلنا : الحوالة على من لا دين عليه باطلَّةٌ ، فلا كلام .

(١) هكذا جواب أما بدون الفاء . كما تكررت الإشارة إليه مراراً .

(٢) أي الأخير . كما هو ظاهر من السياق . ويبدو أن لفظ (الأخير) سقط من الناسخ .

(٣) في الأصل : والاستيفاء (بالواو) .

(٤) زيادة من المحقق .

وإن قلنا : صحيحة ، فقد ذكر العراقيون وجهين في أنها جائزة ، أو لازمة : أحدهما - أنها لازمة ، ولا يكاد يخفى معناها . والثاني - أنها جائزة ، وللمحال عليه الفسخ ، ولا يتوجه عليه المطالبة ، ولا يتم الأمر ما لم يُسَلَّم الدينُ إلى المحال ، فإذا سلَّم ، لم يملك الاسترداد .

ش ٢٢٦ ووجه الجواز عندي باطل ملغى ، لا أصل له ؛ إذ لا أثر لقول القائل : الحوالة صحيحة ، ولا مطالبة ، وقولُ/ هذا القائل : إن الغرض يتم بالتوفية لا حاصل له ، مع العلم بأن أجنبياً لو وقى دينَ إنسان ، وقع الموقع .

٤٢٤٥- ومما يتفرع على ذلك أن المحالَّ عليه إذا لم يكن عليه دين ، وصححتنا الحوالة ، وألزمناها ، فقد قطع العراقيون بأنه يملك مطالبة المُحيل بتحصيله ، قبل أن يغرم للمحتال .

قال الشيخ أبو علي : لم يذكر الأصحاب غير ذلك ، وقطعوا أقوالهم به إلا القفال ؛ فإنه ذكر لذلك وجهين : أحدهما - ما ذكرناه . والثاني - ليس له مطالبة المُحيل [بتحصيله]^(١) ، ولكن إذا غرم/ المحال عليه للمحتال ، فنقول : إن تقبَّل الحوالة على شرط الرجوع على المُحيل ، فإذا غرم ، رجع عليه . وإذا لم يشترط الرجوع ، فإذا غرم ، فهل يرجع ؟ فعلى وجهين : سيأتي [نظيرهما]^(٢) في كتاب الضمان ، إن شاء الله تعالى .

٤٢٤٦- ومما ذكره العراقيون في تفريع ذلك أن المحال عليه الذي لا دين عليه ، إذا أبرأه [المحتال]^(٣) عما التزمه . قالوا : لا يرجع على المُحيل ؛ لأنه لم يغرم شيئاً .

ولو غرم للمحتال ما التزمه بطريق الحوالة ، ثم إن المحتالَّ وهب عين ما قبضه من المحال/ عليه ، فهل يملك المحالُّ عليه الرجوع على المُحيل ؟ فعلى قولين مأخوذتين من أصلٍ [في]^(٤) كتاب الصداق .

(١) في الأصل : بتخليصه . والمثبت تقدير منا على ضوء العبارة السابقة .

(٢) في الأصل : نظيرهما .

(٣) في الأصل : المُحيل . (وهو وهم عجيب ، من أوهام هذه النسخة التي لا تحصى) .

(٤) زيادة من المحقق .

وهو أن المرأة لو وهبت صداقها من زوجها ، ثم طلقها قبل الميسر ، فهل يرجع عليها بنصف قيمة الصّداق ، أو لا رجوع عليها ؟ فعلى قولين مشهورين : قال شيخي : إذا أصدق امرأته ديناً ، ثم إنها أبرأتها ، فطلقها قبل الميسر ، وقلنا : لو وهبت الصداق قبل الطلاق ، لم يملك الزوج الرجوع عند الطلاق بشطر الصداق ، فإبرأؤها بذلك أولى . وإن قلنا : لو وهبت الصداق قبل الطلاق ، ملك الزوج [الرجوع]^(١) ، ففي الإبراء قولان . ثم قال : إبراء المحال عليه ، الذي لا دين عليه كإبراء المرأة زوجها ، ورجوع المحال عليه على المحيل كرجوع الزوج بنصف الصّداق عند الطلاق .

٤٢٤٧- ومما يتعلق بأصول الحوالة أنها إذا تمت على شرطها ، ثم طرأ على المحال عليه إفلاس ، أو جُحِدَ للحق ، ولم يصادف المحتال بينة [يُقيمها]^(٢) ، فلا يرجع على المحيل أصلاً ، وليس إفلاس المحال عليه كإفلاس المشتري بالثمن ، وقد ذكرنا معتمد المذهب في القاعدتين في (الأساليب) .

٤٢٤٨- ولو أحيل على من / ظنه غنياً ، ثم تبين أنه كان عند الحوالة مفلساً ، فهل ٢٢٧ ش يثبت له حق الفسخ والإفلاس مقترن بالحوالة ؟ فعلى أوجه ؛ جمعتها من الطرق : أحدها - أنه لا خيار ؛ فإن الحوالة في وضعها إذا صحت ، لم تحتل الفسخ ؛ إذ هي قاطعة للعلاق بالكلية . والوجه الثاني - أنه يفسخ تداركاً لما لحقه وما كان مطلعاً عليه ، وليس كالإفلاس الطّارىء ؛ فإننا قد نجعل الحوالة في نفسها بمثابة قبض الحق ، والطريان بعد القبض لا يُثبت الفسخ .

فأما إذا أطلع القابض على عيب قديم ، فالذي تمهد في الشرع ثبوت الفسخ . ومن أصحابنا^(٣) من قال : إذا كانت الحوالة مُطلقة ، فلا خيار ، وإن جرى فيها شرطُ ملاءة المحال عليه ، ثم اختلف الشرط ، فيثبت الفسخ إذ ذاك ؛ فإن الحوالة أنشئت على اقتضاء [الدين]^(٤) ، فيجب الوفاء بموجبها ، فإن قيل : هل صار إلى نفي الخيار مع

(١) سقطت من الأصل .

(٢) في الأصل : بقيمتها .

(٣) هذا هو الوجه الثالث .

(٤) في الأصل : المدة . وهو تصحيف واضح .

الشرط وإخلافه أحدٌ من الأصحاب ؟ قلنا : نعم . ذهب إليه ذاهبون ، فصاروا إلى حسم^(١) الفسخ ، وإلغاء الشرط . حكاه العراقيون .

ي ٢٢٨ ٤٢٤٩- وتردّد الأصحاب في قبول الحوالة الفسخ عند الاطلاع على فلس / المحال عليه يقرب من ترددهم في أن الحوالة هل يلحقها خيار المجلس والشرط ؟ وفيه خلافٌ قدمته في أول البيع . مبنيٌّ على أن حكم المعاوضة أغلب على الحوالة ؟ أم حكم الاستيفاء ، وفيه الخلاف الذي مهدناه الآن .

فَرَّجُ : ٤٢٥٠- إذا كان الدين على المحيل مؤجّلاً ، وكذلك على المحال عليه ، واستوى الأجلان في مقدارهما ، صحت الحوالة . فلو مات المحيل ، فلا يحل الدين بموته ؛ فإنه قد تحول الدين عن ذمته ، ولو مات المحال عليه ، فيحل الدين حيثنذ ؛ فإنه المديون الآن . ذكره العراقيون وغيرهم . ولا خفاء به . ولكنني أحببت نقله منصوباً .

* * *

بَابُ فِي مَسَائِلَ

قال المزني : [تحريرُ فيها]^(١) معنى قول الشافعي رضي الله عنه ، « فمن ذلك : لو اشترى عبداً بألف درهم . . . إلى آخره »^(٢) .

٤٢٥١- صورة المسألة أنه إذا باع عبداً من رجل بألف درهم ، وأحال المشتري البائع على رجل بالثمن ، ثم اطلع على عيب قديم بالعبد ، فردّه ، فالذي نص عليه المزني هاهنا^(٣) : أن الحوالة تترد ، وتبطل ، ونص في المختصر الكبير^(٤) أنها لا تبطل . ومنصوصات المزني/ في مجال التحري معدودة من مثنى المذهب ، وهي ٢٢٨ ش عند المصنفين كنصوص الشافعي ، فالذي ذهب إليه الجمهور تخريج المسألة على قولين مخرّجين مبنيين على أن الغلبة للمعاوضة أو للاستيفاء ؟ فإن جعلناها معاوضة ، لم نبطلها ، كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوباً اعتياضاً صحيحاً ، ثم وجد المشتري بالعبد المشترى عيباً ، فردّه ، فلا يترد ما جرى من الاعتياض عن الثمن ، فلتكن الحوالة كذلك ، بل الحوالة أولى ، ألا تنفسخ ؟ فإنها بعيدة عن قبول الفسخ .

وإن جعلنا الحوالة استيفاءً ، بطلت ؛ لأنها نوع رفق في الاستيفاء ، فإذا بطل الأصل ، بطل الرفق الذي كان تبعاً له ، كما لو باع بألف مكسر ، فقصاه المشتري صحاحاً ، ثم رد المبيع بالعيب ، فإنه يسترد الصحاح . وليس للبائع أن يقول : أغرم

(١) زيادة من نص المختصر .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٧/٢ .

(٣) هاهنا : أي في المختصر المعروف .

(٤) المختصر الكبير هو للمزني أيضاً ، جمع فيه - كضريبه المختصر المعروف - نصوص الشافعي ، وقد يسمى (الكبير) بدون ذكر المختصر ، وهو أقل شهرة وذكر في الكتب وعلى لسان الأئمة من (الصغير) المشهور الذي يعرف بـ (المختصر) فقط بدون أي وصف . والكبير قد يسمى (الجامع الكبير) كما سماه الرافعي في هذا الموضع . (ر . فتح العزيز : ٣٤٦/١٠ بهامش المجموع) .

المكسر ، ليسلم لي ما سمحت به من الصحة ؛ لما ذكرناه في^(١) التبعية . ولو اشترى
بالصحيح أولاً ، ثم رضي البائع بالمكسر ، فإذا ردّ المشتري بالعيب ، فلا يرجع إلا
بالمكسر .

ي ٢٢٩ ٤٢٥٢- ومن أصحابنا من قال : إن جرى فسخُ البيع قبل قبض المبيع ، / ارتفعت
الحوالة . فإن جرى الفسخ بعد القبض ، لم ترتفع . وهذا القائل يفصل بين الحالتين
بتعرض البيع لقبول الفسخ قبل القبض . وهذا مزيفٌ . والأصل إطلاق القولين قبل
القبض وي بعده .

٤٢٥٣- وكان شيخني يقول في التفريع على هذه القاعدة : ولو أحال المشتري البائع
بالثمن على إنسان في زمن الخيار الثابت في البيع ، فالأصح صحة الحوالة ، وإن كان
العقد جائزاً ، بخلاف الحوالة في تجويز الكتابة ؛ فإن عقد البيع ، وما فيه من عوض ،
لا يلتحق بالأعواض الجائزة التي لا ثبات لها . والخيار طارئ [فيه]^(٢) ، فإذا أفضى
في العاقبة إلى اللزوم ، كان الحكم على موجب اللزوم .

٤٢٥٤- ومن أصحابنا من منع الحوالة في زمان الخيار ، منع^(٣) ضمان النجوم ، ثم
قال : إذا صححنا الحوالة في زمان الخيار ، ففسخ البيع بالخيار ، ارتدّت الحوالة بلا
خلاف ؛ فإنها إنما صحت على تقدير إفضاء البيع إلى اللزوم ، فإذا لم يُفَضَّ إليه ، فلا
سبيل إلى التزام الحوالة في الثمن ، وقطع الخيار في المبيع .

التفريع على القولين في صورة الرد بالعيب :

ش ٢٢٩ ٤٢٥٥- فإن قلنا : / لا تبطل الحوالة ، فالمشتري هل يرجع على البائع بما أحاله ؟
نُظِر : إن كان البائع قبضه ، فلاشك أنه يرجع عليه ، ولا يتعين عين ما قبضه ، فإن
أحبّ أتى ببدل عنه ، وتعليله بين .

وإن لم يكن قبض البائع من المحال عليه ، فهل يرجع المشتري على البائع ؟ فعلى

(١) «في» هنا مرادفة لـ (من) .

(٢) في الأصل : فيها .

(٣) في الأصل : «في منع» بزيادة (في) .

وجهين : أقيسهما - أنه يرجع ؛ لأن الحوالة أقيمت مقام الإقباض في وضعها ، بل هي أقوى من الإقباض ؛ فإن القبض قد يُنقض ، والحوالة بعيدة عن قبول النقض .

والثاني - لا يرجع عليه ؛ لأن الاسترداد على حسب الإقباض ، وهو لم يقبضه حساً ، فكيف يسترد منه حساً ، بل سبيل الاسترداد أن يقع إذا حصل القبض الحقيقي .

٤٢٥٦- ثم إن قلنا : الحوالة باقية ، فلا شك أن البائع يطالب المحال عليه بتوفية مال الحوالة ، فلو أبرأه على هذا ، فيضمن حينئذ للمشتري^(١) الثمن ؛ فإن إبراءه بمثابة استيفائه .

ومما ينشأ من ذلك : أنا إذا قلنا : لا يرجع المشتري على البائع قبل قبض مال الحوالة ، فهل يملك مطالبته بمطالبة المحال عليه أم لا ؟ من أصحابنا من قال : يملك مطالبته على النحو الذي ذكره/ ؛ لأن البائع مالك لمطالبة المحال عليه ، فيبعد أن يمتلك^{٢٣٠} ي البائع ذلك من جهة المشتري ، ولا يثبت للمشتري أصل توجيه المطالبة . ومن أصحابنا من قال : لا يملك المشتري الرجوع بالثمن ، ولا المطالبة بتحصيله . وهذا بعيد جداً .

٤٢٥٧- وإن حكمنا بأن الحوالة تنتقض برد المبيع ، فإن كان قبض المال قبل الرد ، فهل نحكم بانتقاض الحوالة الآن ؟ وفائدة ذلك أن يتعين على البائع رد عين ما قبضه ؟ أم نحكم بأن الحوالة لا تقبل النقض بعد قبض المال من المحال عليه ؟ فعلى وجهين ، وفائدة قولنا : لا تنتقض ، أن البائع لو أراد أن يأتي ببديل عما قبضه ، ولا يرد عينه ، كان له ذلك . ولو لم يقبض البائع المال من المحال عليه حتى حكمنا بارتفاع الحوالة ، فلا شك أن المطالبة تنقطع عن البائع ، وينقلب الدين في ذمة المحال عليه ، بعد الحكم بانفساخ الحوالة ، فلا شك أنه لا يقع قبضه لنفسه . ولكن هل يقع عن/ المشتري ؟^{٢٣٠} ش فعلى وجهين ذكرهما شيخنا : أحدهما - وهو الذي لا يتجه غيره - أنه لا يصح قبضه للمشتري ؛ فإن الحوالة لم تقع للمشتري ، وإنما وقعت للبائع ، فإذا انفسخت وزالت ، لم يبق لها أثر ، ويستحيل أن تنعكس الحوالة وكالة بالاستيفاء .

والوجه الثاني - أن قبضه يصح عن المشتري ؛ فإنه جرى الأمر بالقبض على جهة ،

(١) في الأصل: «المشتري» والمثبت تصرف منا .

فإن بطلت تلك الجهة ، بقي الأمر المطلق . وهذا بعيد .

وكان شيخي أبو محمد يقرب هذا الاختلاف من أصل بعيد عن وضع المعاملات ، وهو أن من تحرّم بصلاة الظهر ، قبل الزوال ، وحكمنا بأن صلاته لم تتعقد فرضاً ، فهل يُقضى بانعقادها نفلاً ؟ فعلى قولين ، أجريناها في هذه المسألة وفي نظائر لها .

٤٢٥٨- ولو أصدق الرجل امرأته ديناً ، ثم أحالها زوجها بصدقها على إنسان ، وطلقها قبل الميسس ، فهذا في نصف الصداق يناظر ما لو أحال المشتري البائع بالثمن ، فهل يُحكم ببطلان الحوالة في نصف الصداق ؟ اختلف أصحابنا على طريقين : منهم من أجراه على القولين المذكورين في البيع ، ومنهم من قطع القول بأن الحوالة لا تبطل ؛ وذاك/ لأن الطلاق ليس بفسخ في الحقيقة ، بل هو تصرف في الملك ، وليس كذلك الرد بالعيب ، والصداق في الجملة أثبت من غيره . ولهذا قلنا : إن الصداق إذا زاد في يد الزوجة زيادة متصلة ، منعت تلك الزيادة ارتداد النصف عند الطلاق قبل الميسس ، ولا تمنع الزيادة نفوذ شيء من الفسوخ . ولو كان الصداق يرتد إلى الزوج بسبب فسخ من الفسوخ ، فالقول في الحوالة كالقول في العقد الذي يطرأ عليه الرد بالعيب ، ولا فرق ، وإنما التردد في الطلاق .

٤٢٥٩- ولو باع الرجل عبداً بألف ، ثم أحال البائع رجلاً له عليه [مثل] ^(١) الثمن ، فأحاله على المشتري ، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً ، فردّه ، فالأظهر في هذه الصورة أن الحوالة لا تنفسخ ؛ لأنها تعلقت بثالث ^(٢) ؛ إذ تحقق تعلّقها بغير المتعاقدين .

ومن أصحابنا من أعاد ذكر الخلاف في هذه الصورة ، وجعل الحوالة على المشتري كإحالة المشتري البائع على إنسان ، وعلل بأن الحوالة وإن تعلقت باستحقاق ثالث ؛ فإنها تبع للبيع والتبعية لا تزول ^(٣) . وهذا وإن كان منقاساً ، فهو غريب ، ش ٢٣١ حكاه/ العراقيون ، والقاضي ، وغيرهم .

(١) في الأصل : من .

(٢) في الأصل : « وإذا تحقق تعلّقها بغير المتعاقدين » والمثبت تصرف منا .

(٣) في الأصل : لا تزول في هذا . . .

وإذا وقع التفريع على الأصح ، وهو أن الحوالة تبقى ولا تنفسخ ، فإذا فسخ المشتري العقد بالرد ، وكان غريم للمحتال ، فلا شك أنه يرجع على البائع [وإن لم يكن غريم^(١)] فعلى وجهين : أحدهما - أنه لا يرجع عليه ؛ فإنه لم يغرم بعد شيئاً . والثاني - أنه يرجع عليه ، فإن الاستحقاق قد تأكد عليه ، وحسابه مع المحتال لا يتعلق به حكم العقد ؛ إذ لو كان تتعلق الحوالة بالعقد ، لارتفعت بارتفاع العقد .

فصل في

قال المزني : « ولو أحوال رجل على رجل بألف درهم ، وضمنها ، ثم اختلفا . . . إلى آخره »^(٢) .

٤٢٦٠- إذا كان لرجل على رجل دين^(٣) ، وكان للمديون دين^(٤) على آخر يماثل الدين الأول ، فأمر المديون مستحق الدين بقبض ذلك الدين . ثم اختلفا ، فادعى أحدهما أن الذي جرى حوالة وادعى الآخر أنه لم يجر إلا وكالة ، نُظر : فإن قال الأمر : قد قلت لك : وكلتُك بقبض ما لي على فلان ، أو قلت : اقبض ما لي عليه ، ونويتُ الوكالة . وقال المأمور : لا بل قلتُ لي : أحلتك ، أو قلت : اقبض ما عليه ، ونويتُ الحوالة ، فالقول قول الأمر ؛ لأنّ الأصل أن لا حوالة ، وأن ملكه باقي في ذمة ذلك الثالث . ٢٣٢ ي وإنما يثور هذا الخلاف إذا كان المحال عليه موسراً ، وكان استيفاء الدين منه أيسر .

٤٢٦١- فإن جرى النزاع كما ذكرناه ، فالقول قول الأمر كما وصفناه ، ثم إن صدقنا الأمر ، فلا يخلو : إما إن قبض المأمور ، أو لم يقبض . فإن لم يكن [قبض^(٥)] قبضه الأمر ، وإن كان [قبض^(٥)] ، نُظر : فإن كان قائماً ، استردّه من المأمور إن كان حقه مؤجلاً ، وإن كان حق المأمور حالاً ، فقد ظفر بجنس حقه ، وإن عسر عليه استيفاء

(١) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٧/٢ .

(٣) في الأصل : « المديون عليه » بزيادة لفظ (عليه) .

(٤) في الأصل مقبوضاً .

(٥) في الأصل مقبوضاً .

جنس حقه من الأمر ، فازَ بما قبضه . وإن لم يعسر [ردّ]^(١) عليه ما قبضه ، وطالبه بحقه .

ولو كان قبض ، وتلف في يده ، فالأمر لا يُطالبه بالضمان ؛ من قِبَل أنه اعترف بكونه وكيلًا قابضاً له على حكم الوكالة ، ولم ينسبه إلى تفريطٍ مضمّن . والتجأُدد جرى بعد التلف ، فلا يتضمن عكس الضمان على ما تقدم ، والمأمور لا يطالب الأمر بحقه ؛ فإنه اعترف بسقوط حقه بالحوالة ، فتنقطع الطلّبة من الجانبين بسببين .

٤٢٦٢- ولو اختلفا ، وما كان قبض ، فالقول قول الأمر في نفي الحوالة ، كما ذكرناه ، والمأمور لما ادّعى/ الحوالة ، فقوله يتضمن الانعزالَ عن الوكالة ، والوكيل إذا ذكر ما يوجب عزله ، لم يكن له أن يقبض .

فإذا تعذر على المأمور استيفاء حقه من المحال عليه لما ذكرناه ، فهل له مُطالبة المحيل الأمر ؟ فعلى وجهين في طريقة [العراقيين]^(٢) : أحدهما - ليس له ذلك ؛ فإن المأمور يُقرّ بأن ذمة الأمر قد برئت ، وتحول دينه . [والوجه]^(٣) الثاني - له المطالبة ؛ فإنه تعذر على المأمور حقه من جهة المحيل الأمر ؛ فهو الذي عسر عليه الحوالة ، وهو معترف .

ولو كان الاختلاف على العكس ، فقال الأمر : أحلتك ، وقال المأمور : بل وكلتني ، فالقول في نفي الحوالة قول المأمور ؛ فإن الأمر ينبغي بما ذكره سقوط [حق]^(٤) المأمور عن ذمته ، والأصل بقاء حقه . وهذا في الغالب يتفق حيث يكون المحال [عليه]^(٥) معسراً ، والأمر يطلب نفي الطلّبة عن نفسه .

٤٢٦٣- ثم إذا جعلنا القول قول المأمور ، فلا يخلو : إمّا إن كان قبض ، أو لم يكن قبض ، فإن لم يكن قبض المأمور ، فلا يقبضه ؛ لأن قول الموكل : ما وكلتُك يتضمن عزله لو كان وكيلًا . أو كان قبض ، فإن كان قائماً في يده ، فالأمر يزعم أن

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : العراق .

(٣) في الأصل : والقول . والمثبت مراعاة للسياق .

(٤) في الأصل : حقه .

(٥) زيادة لا يستقيم المعنى بدونها .

المقبوض/ حقّ المأمور وملكه ، ولا حق له عليه . والمأمور يزعم أن المقبوض ملكٌ ٢٣٣ ي
الآمر ، وحقّه باقٍ في ذمته . وقد ذكرنا أن القول قولُ المأمور في بقاء حقّه في ذمة
الآمر . فإن عسر عليه استيفاءُ حقّه ، فالوجه أن يتملك [المقبوض] ^(١) ؛ لأنه جنس
حقه . وإن تيسر استيفاءُ حقّه منه ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال :
يطالبُ الأمر بحقه ، وما قبضه موقوفٌ ، ومنهم من قال : ما قبضه يكتفي به ،
ولا يطالبُ .

والخلاف مخصوص به إذا لم يكن قبض ، فإذا كان قبض ، فاعترافُ الأمر بأنه
[حقّه] ^(٢) كافٍ نازلٌ منزلة تملكه إياه الآن .

ولا خلاف أن الأمر لو قال للمأمور : لم تصدقني وزعمت أن ما قبضته حقي ، فقد
وفّيتك إياه ، فيجتمع [لك] ^(٣) من قولي الأخير ، وقولي الأول الملك في المقبوض ،
فقد تمس الحاجة إلى تصوير القبض كما قدمناه في كتاب البيع والرهن في إقباض
الإنسان شيئاً لحقه ، وهو في يده .

فهذا كله فيه إذا قبض ، والعين قائمة في يده .

٤٢٦٤- فأما إذا قبض ، وتلف ، فهل يكون التالف مضموناً عليه ؟ فعلى وجهين ،

ذكرهما الإمام ^(٤) وصاحب التقريب : أحدهما - أنه يكون مضموناً على المأمور/ . ٢٣٣ ش
والثاني - لا يكون مضموناً عليه .

توجيه الوجهين :

من قال : إنه لا يضمنه ، قال : لأننا جعلنا القول قولاً في نفي الحوالة ، فإذا انتفت
الحوالة ، ثبتت الوكالة ، والمالك ليس يدعي إلا جهة الحوالة ، فإذا انتفت ، لم يبق
على زعمه ما يقتضي الضمان .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : حقل . والمثبت تقدير منا .

(٣) في الأصل : ذلك . والمثبت تقدير منا .

(٤) الإمام : يريد به شيخه ، أي والده . كما حققنا ذلك من قبل .

ومن قال : إنه يكون مضموناً عليه ، قال : إنا إنما نجعل القولَ قولَ المأمور ؛ لأن الأصل بقاء طليته على الأمر ، وهو يدعي انتفاءه ، فإذا آل الأمرُ إلى الغرامة ، فالأصل أن ماله لا يكون أمانةً ، إلا أن يُقرَّ بها ، ومن تلف في يده ملكٌ غيره ، فالأصل أن يكون مضموناً عليه .

ولهذا نظائر ، منها : أن المشتري والبائع إذا اختلفا في عيبٍ ، فزعم المشتري أنه قديم ، وزعم البائع أنه حادث ، فالقول قول البائع ، كما ذكرناه^(١) في البيع . فإذا صدقناه ، وحلفناه ، وجرى القضاء به ، ثم اختلف هو والمشتري في قدر الثمن ، وتحالفا ، وأوجب ذلك تراداً ، فلو قال البائع : غرّموا المشتري أرش العيب ؛ فإنه ثبت بيمينني أن العيب حادثٌ في يده ، فلا يلزمه أرش العيب . وقد مهدنا ذلك في مواضع .

ي ٢٣٤ وقد/ يتطرق إلى وجه إثبات الضمان سؤالٌ : وهو أن الأمر معترف بأن ما قبضه المأمور ليس ملكاً للأمر ، فلا يجري ما ذكرنا [في]^(٢) هذا الوجه ، من أن الأصل أن ملك الغير مضمونٌ ، ولكن يتجه أن نقول : قولُ الأمر يتضمن قبضاً على حكم الضمان ، ولكنه ضمانٌ مقابلةً ، والتعويل على نفيه الأمانة^(٣) ، والأصل عدمها .

٤٢٦٥- وكل ما ذكرناه فيه إذا لم يجر بين الأمر والمأمور لفظُ الحوالة ، فأما إذا جرى بينهما لفظُ الحوالة ، فقال الأمر : أحلتك بكذا على فلانٍ ، ثم يفرض الخلاف مع جريان لفظ الحوالة ، من وجهين : أحدهما - أن يقول الأمر : ذكرتُ لفظَ الحوالة ، ولكن أردتُ به الوكالة ، وقال المأمور بل أردتَ الحوالة . فالذي يدل عليه ظاهر لفظ المزني في المسائل التي يُجرى بها أن القول قولُ الأمر ؛ فإنه ذكر الإحالة والحوالة ، ثم فرض الخلاف ، ثم قضى بأن القول قولُ الأمر ، ولو كان يختلف الأمر

(١) في الأصل : ذكره .

(٢) في الأصل : من .

(٣) المعنى : أن التعويل على نفي الضمان هو نفي الأمانة .

باللفظ ، [لتعرض]^(١) له ؛ فإن التصوير لا يتم إلا باللفظ إذا كان الحكم متعلقاً به ؛ فإذا ظاهر قوله إن^(٢) القول قول الأمر .

قال صاحب التقریب : قد ذكر ابن سريج في / المسألة قولاً آخر : إن القول قول^{٢٣٤} المأمور الذي يدعي حقيقة الحوالة ؛ فإن لفظ الحوالة موضوع لمقصود [وضعاً]^(٣) صريحاً ، فمن أراد حملها على خلاف معناها ، لم يقبل منه ، كما إذا ذكر لفظاً من صرائح الطلاق ، ثم حملة على خلاف ظاهره ، فلا يقبل ذلك منه .

وحاصل القولين راجع إلى أنا على قول المزني لا ننظر إلى لفظ الحوالة ، ولكن ننظر إلى قياس الاختلاف ، وقياسه يقتضي أن المأمور إذا ادعى حوالة ، والأمر ينفيها ، فالقول قول الأمر . وعلى القول الثاني يُعتبر صريح الحوالة ، ولا يقبل قول من يحد عن ظاهر معناها ، مع الاتفاق على صدور لفظها من الأمر .

٤٢٦٦- وذكر بعض المحققين وجهاً ثالثاً ، فقال : إن قال : أحلتك بالألف الذي لي على فلان ، ولم يقل بالألف الذي لك عليّ على الألف الذي لي على فلان ، فيجوز أن يقال : القول قول من يدعي الوكالة ؛ لأنه لم يقل بالألف الذي لك عليّ .

ولو قال : أحلتك بالألف الذي لك عليّ على الألف الذي لي على فلان ، ثم ادعى الأمر الوكالة ، فلا يقبل ذلك منه .

وهذا التفصيل لا ينتهض عندي / وجهاً ثالثاً ؛ إذ لا يجوز أن يقدر خلاف فيه ، إذا^{٢٣٥} ي قال أحلتك بالألف الذي لك عليّ ، على فلان بالألف الذي لي عليه ، فادعاء الوكالة بعد هذا الامتناع^(٤) لا وجه له ، فالوجه أن نقول : إن صرح كما صورناه آخر ، فلا وجه إلا القطع بتصديق المأمور . وإن أطلق الحوالة ، ولم يقيدها بهذه القيود الصريحة ، فإذا ذاك ينقدح ذكر القولين .

(١) في الأصل : تعرض .

(٢) جملة : « إن القول قول الأمر » في محل الخبر : (ظاهر) ، وليست مقول القول .

(٣) زيادة اقتضاها ورود لفظ (صريحاً) هكذا بالنصب .

(٤) كذا ، وكأنها مقحمة ، لا مكان لها في السياق .

التفريع : ٤٢٦٧- إن قلنا : القول قول المأمور في ثبوت الحوالة ، فلا كلام . وإن قلنا : القول قول الأمر في نفي الحوالة ، فإذا نفاها ، فقد اختلف أصحابنا فيما رتبته صاحب التقريب : فمنهم من قال : إذا نفى الحوالة ، انقطعت علائقها بالكلية . وهذا هو القياس على هذا القول . والوجه الثاني - أنه يكون بمثابة حوالة فاسدة ، فلا يُرفع حكم الحوالة من كل وجه ؛ للفظ الحوالة . وهذا كما يثبت الضمان في البيع الفاسد ، ويثبت في الكتابة الفاسدة بعض أحكام الكتابة الصحيحة .

فإن قلنا : إن سبيله سبيل الحوالة الفاسدة ، فإذا كان المحال عليه سلم المال إلى ش ٢٣٥ المحتال ، فهل يبرأ بالتسليم إليه [مما عليه ؟] ^(١) فعلى / وجهين ذكرهما : أحدهما - أنه يبرأ بالدفع إليه ، والأمر يطالب المحتال . والثاني - لا يبرأ بالدفع إلى المحتال ؛ فإنه لم يكن سبيله سبيل الوكالة المحضة ، ولم تصح الحوالة أيضاً ؛ فعلى هذا يطالب الأمر المحال عليه بحقه ، ثم المحال عليه يسترد من المحتال ما سلمه إليه .

وهذا عندي بُعد بحقه . والوجه أن نقول : إذا نفينا الحوالة ثبتت قضية الوكالة ؛ فإن الأمر بقبض المال من المحال عليه متفق عليه ، والنزاع في وجهه . وقد ذكر المتداعيان وجهين ، فإذا انتفت الحوالة ، وصدقنا الأمر ، فالوجه ثبوت الوكالة ، وعلى هذا يبرأ المحال عليه بما دفعه إلى المأمور .

وما ذكرناه صورة واحدة في الاختلاف ، مع جريان لفظ الحوالة .

٤٢٦٨- فلو كان النزاع على العكس ، فقال الأمر : أردت لفظ الحوالة ، وقال المأمور : ما قبلت الحوالة ، وإنما قبلت الوكالة ، قال الأصحاب : قياس المزمع أن القول قول المأمور ؛ فإن الأصل بقاء طلبته على الأمر . وعلى قياس ابن سريج القول [قول] ^(٢) من يثبت الحوالة كما ذكرناه ؛ تمسكاً باللفظ . فإن قيل : قصد الأمر فيما زعم مطابق للفظه الصريح ، فهلاً قطعتم بتصديقه ؟ قلنا : الأمر كذلك . ولا تتم الحوالة إلا بقبول المحتال ، وقد زعم أنه نوى قبول الوكالة ، فعاد التردد في أن الاعتبار بالقصد ، أو بظاهر اللفظ .

(١) ما بين المعقفين غير مقروء في الأصل .

(٢) زيادة من المحقق .

فَصْنَعُ

٤٢٦٩- ذكر المزني صوراً ظاهرة في الحوالة ، نذكرها على وجهها . قال : لو أحال زيدُ عمراً على بكرٍ ، بما له عليه من الحق ، ثم أحال بكرٌ عمراً على خالدٍ ، ثم أحاله خالدٌ على جعفرٍ ، فذلك جائز . ولو أحال زيدٌ عمراً على بكرٍ ، ثم عمرو أحال خالداً على بكرٍ ، ثم خالدٌ أحال عبد الله على بكرٍ ، فهذا جائز . وقد تعدد المحتال في هذه الصورة والمحال عليه واحد ، وفي الصورة الأولى تعدد المحال عليه ، والمحتال واحد .

فَبَيِّنُ : ٤٢٧٠- إذا جنى على إنسانٍ ؛ والتزم الأرض ، وجُني عليه ، فاستحقَّ الأرض ، فإن كان الأرشان دراهم أو دنانير ، جازت الحوالة . وإن كان الأرض إبلاً من الجانيين ، فهذا ينبي على ما قدمناه من أن الحوالة هل تجري في غير ذواتِ الأمثال ؟ فإن قلنا : إنها تختص بذواتِ الأمثال ، فالحوالة فاسدة في مسألتنا هذه . وإن قلنا : / إنها تجري في كل موصوفٍ مستقرٍّ في الذمة ، فهل تجري في إبل الدية ؟ فعلى ٢٣٦ ش وجهين مبيِّن على أن الاعتياض عن إبل الدية هل يجوز ؟ وفيه قولان سبق ذكرهما . وسيأتي استقصاؤهما في الديات ، إن شاء الله تعالى .

فَبَيِّنُ : ٤٢٧١- إذا ضمن مالا بإذن المضمون عنه ، وأحال المضمون له بذلك المال الذي ضمنه على واحد ، رجع على المضمون عنه ، كما لو آذاه . ولو ضمن رجلان ألفاً عن واحدٍ ، كل واحد منهما ضمن نصفه ، ثم ضمن كل واحد من الضامنين عن صاحبه ، فلو أحال أحدهما المضمون له بالألف على واحدٍ ، فإنه يرجع بخمسائة على المضمون عنه ، وبخمسائة على صاحبه الضامن . وهذا لا إشكال فيه .

فَبَيِّنُ : ٤٢٧٢- قال المزني : وإذا باع رجل عبداً من رجل بألف درهم ، فأحال البائع رجلاً له عليه ألف على المشتري ، ثم تصادق البائع والمشتري على أن المبيع كان حراً ، ينقطع العقد بينهما ، ولا يُحكم ببطلان الحوالة في حق ذلك الثالث ، إلا أن يصدقهما ، فإن لم يصدقهما ، فلا يُقبل قولهما عليه^(١) . وليس كما لو رد المشتري

ي ٢٣٧ العبدُ بعيبٍ قديمٍ ؛ فإننا قد نقول في وجهٍ غريبٍ : / إن الحوالةَ ترتفع ، والفرق أن الرد واقعٌ لا سبيلَ إلى إنكاره ، وهو أمرٌ منشأ ، والمتبايعان فيما نحن فيه أخبرا عن حرية المبيع ، والخبر يتردد بين الصدق والكذب ، فلو صدقهما المحتال ، قطعنا ببطلان الحوالة ، والمسألة في هذا الطرفِ تنفصل عن الرد بالعيب أيضاً ؛ فإن الأصح بقاء الحوالة وإن جرى الرد ؛ فإننا نقدر الحوالة معاوضة برأسها ، متعلقة بحق ثالث ، فلا يمتنع تقدير بقائها ، وإن ارتفع العقد ؛ فإننا لا نتبين بالرد أن [الثلث]^(١) لم يكن قبل الرد . وإذا تصادقوا على حرية المبيع ، تبين أن أصل الثمن لم يثبت ، فلا نتصور ثبوت الحوالة ؛ فإن بقاء الشيء فرعٌ على ثبوت أصله ، وهذا واضح .

قَبَّحُ : ٤٢٧٣- قال صاحب التقريب : إذا أحال الرجل غريمه على رجلٍ ، ثم بان المحال عليه عبداً ، فلا يخلو : إما أن يبين أنه عبد لأجنبي ، أو يبين أنه عبد للمحيل ، ش ٢٣٧ فإن بان أنه عبد لأجنبي ، وكان لهذا المحيل [على هذا العبد]^(٢) / دينٌ في عنقه ، يتبعه به إذا عتق . قال صاحبُ التقريب : الحوالة صحيحة ، وهي بمثابة الحوالة على معسرٍ في ذمته دين ، ثم المحتال يطالبُ العبدَ بعد عتقه .

فلو لم يعلم كونه عبداً ، ثم علم ، فهذا يترتب على الفصل المقدم ، في أن المحتال إذا اطلع على إعسار المحال عليه ، وما كان عالماً بإعساره عند الحوالة ، فإن قلنا : للمطلع على إعسار المحال عليه الخيارُ ، فلأن يثبت الخيار هاهنا أولى . وإن قلنا : لا خيار للمطلع على الإعسار ، ففي هذه الصورة وجهان ؛ إذ طريان العتق ليس ممَّا يُعدّ من ميسور الأمور ، واليسار والإعسار متعاقبان .

وما ذكرناه فيه إذا كان العبدُ لأجنبي ، فأما إذا كان العبد للمحيل ، قال صاحب التقريب : إن كان كسوباً ، ينبغي أن يتعلق الدين بكسبه ، وإن كان غير كسوبٍ ، كان متعلقاً بذمته .

٤٢٧٤- وهذا كلام مختلط لا أصل له . والوجه أن نقول : لا يتصور أن يكون للسيد على عبده دينٌ يتعلق بذمته ، أو في كسبه ، إلا في صورةٍ واحدةٍ ، سنشير إليها

(١) في الأصل : اليمين . وهو تصحيفٌ ظاهر .

(٢) مطموس بالأصل ، والمثبت تقدير منا .

آخرأ . وإذا كان كذلك ، فحوالة [السيد على]^(١) مملوكة باطلة ، إلا أن تجوز الحوالة على من لا دين عليه ، وقد ذكرنا أن تحقيق ذلك يرجع إلى [الضمان]^(٢) ، وكأن ٢٣٨ ي العبد ضمن عن سيده ، وسيأتي شرح ذلك في كتاب الضمان ، إن شاء الله .

ثم إذا صحَّ ، نُظِر : فإن كان الضمان بإذن السَّيد ، تعلق بكسب العبد إن كان له كسب ، وإن لم يكن ، فبذمته ، ومن ضرورة كل ما يتعلق بالكسب أن يتعلق بالذمة .

ويتصور للسيد على عبده دينٌ يتعلق بذمته على أحد الوجهين ، وذلك أن من ثبت له دين على عبد الغير ، ثم ملكه ، ففي وجهٍ يقسط الدين عن ذمته بالملك الطَّارِئ ، وفي وجهٍ يبقى عليه يتبعه به إذا عتق ، فعلى هذا يمكن تقدير حوالة السيد على عبده .

فَبَيِّنْ : ٤٢٧٥- إذا أحال رجلاً له عليه ألفُ درهم ، على رجلين ، على كل واحد منهما خمسمائة درهم ، وشرط في الحوالة أن يكون كل واحد منهما كفيلاً ضامناً عن صاحبه .

قال ابن سريج : في صحة هذه الحوالة وجهان مبنيان على أن المعاوضة مغلبة على الحوالة ، أو معنى الاستيفاء : فإن غلبنا المعاوضة ، لم يمتنع شرط الوثيقة فيها ، وإن غلبنا الاستيفاء ، امتنع ذلك ، فإن [الضمان إنما]^(٣) / يشترط في المعاوضات . وهذا ٢٣٨ ش التردّد يلتفت على أنه هل يثبت في الحوالة خيار المجلس والشرط^(٤) .

* * *

(١) مطموس تماماً في الأصل .

(٢) مطموسة في الأصل . وأثبتناها تقديرأ منا .

(٣) ما بين المعقفين مطموس في الأصل .

(٤) « تم الجزء العاشر من نهاية المطلب بحمد الله تعالى وحسن توفيقه

وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم وشرف وكرّم وعظّم

يتلوه في الجزء الحادي عشر إن شاء الله تعالى كتاب الضمان » .

مُحْتَوَى الْكِتَابِ

المحتوى

الصفحة

٥	كتاب السلم
٥	باب السِّلْف والنهي عن بيع ما ليس عندك
٥	الأصل في السلم، تعريفه، شرائطه، وأثر اللفظ في العقد
٧	فصل: حكم الرهن بالمسلم فيه
٨	فصل: حكم السلم في المنقطع حالة العقد
١٠	فصل: حكم انقطاع جنس المسلم فيه
١٤	بيان معنى الانقطاع
١٥	فصل: كلام الشافعي على حديث حكيم بن حزام
١٦	فصل: أقسام السِّلْم الثلاثة، وحكم كل قسم منها
	فصل: الكلام فيما يصح أن يكون رأس مال في السلم، وتفصيل القول فيما لو
١٧	كان جزافاً
٢٠	فصل: السلم في الحيوان
٢١	فصل: حكم الاعتياض عن المسلم فيه
	فصل: يصح السلم الحال، كالمؤجل، والحكم إذا أطلق العقد، وكذا لو أطلقا
٢٢	العقد ثم ألحقا به أجلاً في المجلس، أو صرحا بالأجل ثم أسقطاه في المجلس
	- إذا حذف الأجل المجهول في مجلس العقد، فهل ينحذف حتى يحكم بصحة
٢٣	العقد؟
٢٥	فصل: مضمونه القول في شرط تسليم رأس المال في المجلس
٢٧	فصل: من الشروط أن يكون المسلم فيه موصوفاً، وتفصيل القول في هذا الشرط

فصل : السلم إذا اشتمل على الأجل ، فلا بد من إعلامه ، وحكم بعض العبارات	
عن الأجل	٢٩
فصل : غرضه القول في تعيين المكيال بالإشارة في السلم ، وفي بيع العين	٣٢
فصل : من الشروط أن يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده في العادة	٣٤
فصل : في تفاصيل ما يجب ذكره من الأوصاف في الأجناس التي يصح السلم فيها	٣٥
- ما يجب ذكره من الأوصاف إذا أسلم في التمر ، وفي الحنطة	٣٥
فصل : قال الشافعي : « ويكون الموضع معروفاً » وللاصحاب تأويلان في حمل	
عبارة الشافعي ، فمنهم من حملها على الموضع الذي يرتفع منه الطعام	٣٦
- ومنهم من حملها على مكان التسليم	٣٧
ما يجب ذكره من الأوصاف إذا أسلم في العسل	٣٩
حكم اشتراط الأجود ، أو الأردأ في الطعام ، وحكم اشتراط الجيد ، أو الرديء ..	٤٠
القول في أوصاف العبيد	٤٠
ما يذكر في أوصاف الإبل ، أو الخيل	٤٢
ما يذكره من الأوصاف إذا أسلم في الثياب ، أو في النحاس ، أو الحديد	٤٣
- وفي اللحم	٤٣
- وفي السمن ، واللبن	٤٤
فصل : منع الشافعي السلم في المختلطات ، وقد رتبها العراقيون على أربعة أوجه	٤٥
عود إلى ذكر السلم في بعض الأصناف	٤٧
لا بأس أن يسلم في الشيء كيلاً ، وإن كان أصله الوزن	٤٩
لا يجوز التعويل في السلم على العدد ، وإنما التعويل على الوزن	٥٠
لا يسلم فيما خالطه لحوم الحيات ، وحكم بيع السموم القاتلة	٥٢
حكم الإقالة في السلم ، وحكم التشريك والتولية	٥٣
فصل : يفي فيه الإمام بما وعد من ضبط القول فيما يُرعى من الصفات	٥٤
باب ما لا يجوز فيه السلم	٥٩
لا يجوز السلم في النبل	٥٩

٦٠ فصل : ولا في اللؤلؤ، ولا في الزبرجد

٦١ فصل : ولا في الرؤوس والأكارع قبل التنقية، وفي السلم فيها بعد التنقية قولان ..

٦١ ولا في الجلود

٦٣ باب التسعير

وهل ينادي منادي الإمام في البلد، ويأمر بسعر مقدر في جنس حتى لا يتعدوه؟

٦٣ ليس للإمام هذا في رخاء الأسعار، أما إذا غلت الأسعار فوجهان

٦٤ فصل : في قول رسول الله ﷺ «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»

٦٦ باب امتناع ذي الحق

الحكم إذا كان المسلم فيه من جنس آخر، أو إذا كان أجود مما وُصف، أو إذا

٦٦ كان أردأ مما وصف

٦٧ فصل : الحكم إذا كان الحق مؤجلاً، وأتى به قبل الحلول

٦٨ والحكم إذا كان الدين حالاً فجاء به من عليه الحق وامتنع المستحق من القبول ..

٦٩ فرع : تردد الأئمة في السلم في الثوب الذي يصبغ بعد نسجه

٧٠ فرع : حكم السلم في السمك المملح

فرع : الحكم إذا قبض المسلمُ المسلمَ فيه، وتلف في يده، واطلع على عيب،

٧٠ فردّه

٧١ كتاب الرهن

٧١ تعريفه، والأصل فيه

وهو يشتمل على ركنين: مرهون، ولا يكون إلا عيناً، ومرهون به: ولا يكون

٧٢ إلا ديناً

٧٢ فصل : يحوي تقاسيم الديون، وحكم الرهن بها

كل ما جاز الرهن به صح ضمانه، وكل ما صح ضمانه جاز الرهن به، إلا

٧٣ العهدة، فإن ضمانها جائز، ولا يجوز الرهن به

فصل : فيه حكم الرهن إذا وجب الدين وأنشئ الرهن بعده، ثم الحكم إذا تقدّم

٧٤ الرهن على وجوب الدين، ثم حكم الاقتران بين الرهن والدين

- ٧٧ فرع: فيه حكم الاستيجاب في الرهن والبيع، وهل يكون بمثابة القبول
- ٧٨ فصل: لا يلزم الرهن دون قبض، خلافاً لمالك
- ٧٩ الحكم إذا مات الراهن، أو مات المرتهن بين العقد والقبض
- ٨٠ فرع: فيما يكون رجوعاً في الرهن
- ٨١ فصل: وما جاز بيعه، جاز رهنه
- ٨١ قال الأصحاب: الأشياء في البيع والرهن على أربعة أقسام
- ٨٢ رهن المشاع جائز في مذهبنا خلافاً لأبي حنيفة
- ٨٢ فصل: ويجوز ارتهان الحاكم، وولي المحجور عليه، ورهنهما عليه في النظر له
- ٨٣ تفصيل القول في الارتهان للطفل
- ٨٤ والقول في رهن مال الطفل
- ٨٥ والقول في رهن المكاتب وارتهانه
- ٨٦ فصل: الرهن والارتهان للطفل من الأب والجد
- ٨٧ فصل: إذا قبض الرهن، لم يكن لصاحبه إخراجه من الرهن
- فصل: اختلاف الأصحاب في صورة مسألة ذكرها الشافعي
- ٨٩ وهي: لو أكرى الرهن من صاحبه أو أعاره أياماً، لم يفسخ الرهن
- فصل: لو رهنه وديعة له في يده فقد نص الشافعي ها هنا أنه لا بد في القبض من إذن، ونصه هذا يخالف نصه في الهبة أنه لو وهب شيئاً وهو في يد المتهب صار مقبوضاً من غير إذن جديد، فاختلف الأصحاب على طريقين
- ٩٠ فصل: مضمونه القول في جريان النيابة في قبض المرهون، فيصح أن يوكل وكيلاً حتى يقبض عنه بشرط أن يكون ذلك الوكيل ممن يصح قبضه، ولا تكون يده يد الراهن
- ٩٤ فرع: ذكر العراقيون نصين عن الشافعي فيما إذا قال الراهن للمرتهن: قد أذنت لك في قبض الرهن فلم يقبضه، وقال المرتهن: قد قبضته
- ٩٥ فرع: متصل بقبض الصبيان وما يتلف في أيديهم
- ٩٦

- فصل : الإقرار بقبض الرهن جائز ، والحكم لو قامت بينة على إقراره بالرهن والإقباض ، ثم أنكر القبض ٩٦
- فصل : يتعلق بطرف من القول في كيفية القبض ٩٨
- فصل : في رهن العين المغصوبة ، وتفصيل القول في ضمان الغصب ٩٩
- ترتيب للشيخ أبي علي في الرهن المغصوب ١٠٢
- فرع : لو رهن العين العارية من المستعير - وهي مضمونة في يده - وأذن له في قبضه عن الرهن ، فهل يزول ضمان العارية؟ ١٠٣
- فصل : إذا رهن دارين ، فقبض إحداهما ، فالتى جرى القبض فيها مرهونة بجميع الدين عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة ١٠٣
- فصل : قال الشافعي : «لو رهنة جارية ... إلخ»
- الإمام يؤخر ما قدمه الشافعي في هذا الفصل ، ويقدم ما أخره ١٠٤
- استقصاء القول في إعتاق الراهن العبد المرهون ١٠٤
- تفصيل القول في استيلاد الراهن الجارية المرهونة ١٠٨
- عود إلى ما قدمه الشافعي في صدر الفصل ١١٤
- فصل : كل تصرف يمتنع نفوذه لحق المرتهن ، فإذا أذن فيه ، نفذ ١١٦
- صور في اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن في وطء الجارية المرهونة وما يترتب عليه من علوق ، واستيلاد ١١٧
- فرع : نقل فيه الإمام مسألة في إذن المرتهن عن العراقيين ١٢٠
- فصل : مضمونه ذكر وطء المرتهن الجارية المرهونة ١٢١
- فصل : مضمونه القول في إذن المرتهن للراهن في بيع الرهن ١٢٤
- القول في المسألة إذا كان الدين مؤجلاً ١٢٤
- القول إذا كان الدين حالاً ١٢٦
- فرع : إذا أذن المرتهن في البيع مطلقاً والدين مؤجل ، ثم رجع عن الإذن قبل جريان البيع ١٢٧
- فصل : حكم رهن أراضي الخراج (سواد العراق) ١٢٨

- ١٣٠ فصل : حكم الرهن في زمان الخيار
- فصل : حكم رهن العبد المرتد، وما قد يترتب على قتله بالردة وهو في يد المرتهن
- ١٣٠ فصل : الحكم إذا رهن من عليه ألف عبداً بالألف، ثم أراد أن يرهن بذلك الألف عبداً آخر
- ١٣٢ والحكم إذا أراد أن يزيد في الدين، ويرهن ذلك المرهون بدين آخر ضمماً إلى الدين الأول
- ١٣٢ فصل : الحكم إذا أقر الراهن أن العبد الذي في يد المرتهن مرهون عنده بألفين، ثم ادعى أنه رهنه أولاً بألف، ثم ألحق به ألفاً آخر
- ١٣٣ فصل : حكم رهن العبد الجاني وقد تعلق برقبتة أرشُ جنائته، والحكم لو كانت جنائته توجب القصاص
- ١٣٥ فصل : مضمونه القول في حكم إقرار الراهن بما ينافي موجب رهنه وإقباضه.
- ١٣٧ وصورة المسألة: «ارتهن عبداً، فقبضه، ثم أقر الراهن بأن العبد كان جانياً»
- ١٣٨ في حكم إقرار الراهن بثلاثة أقوال: تأصيل وتفصيل
- ١٤٠ التفريع على الأقوال الثلاثة
- ١٤٧ فصل : الحكم إذا جنى العبد المرهون بعد الرهن
- ١٤٨ فصل : مقصوده الكلام في رهن المدبّر
- ١٥١ فصل : حكم رهن العصير، ثم الحكم إذا استحال العصير خلاً، أو خمراً
- ١٥٥ فصل : في تخليل الخمر
- ١٥٥ الخمرة غير المحترمة، وحكم تخليلها
- ١٥٧ الخمرة المحترمة - وهي خمرة الخل - وحكم تخليلها
- فصل : الحكم إذا اختلف الراهن والمترهن في عيب ثابت، وكل منهما يدعي حدوث العيب في يد الآخر
- ١٦١ فصل : فيه حكم رهن الأم دون ولدها، أو العكس، وتفصيل القول - إذا مست الحاجة إلى البيع، بأن حل الدين - في حكم التفريق بين الأم وولدها في البيع
- ١٦٣

- ١٦٧ فصل : إذا رهن نخيلاً عليها ثمار، فهل تدخل الثمار في الرهن؟
وهذه المسألة منقاسة على أصل وهو: إذا رهن جارية حاملاً، فهل يتعلق الرهن
بحملها؟ ١٦٨
- ١٦٨ فصل : فيه تفصيل المذهب في رهن ما يتسارع إليه الفساد
فرع : إذا رهن ما لا يفسد، ثم طرأ عليه ما يقربه من الفساد قبل القبض ١٧١
- ١٧٢ فصل : ولو رهنه أرضاً بلا نخل، فأخرجت نخلاً
رهنه أرضاً بيضاء، وأقبضها، ثم أراد أن يغرسها ابتداءً والدين مؤجل ١٧٣
- فصل : رهنه أرضاً ونخلاً، ثم اختلفا، فقال المرتهن: رهنتني الأرض والنخيل
القائمة فيها، وقال الراهن: بل رهنتك الأرض بيضاء وأحدثت هذه النخيل
بعد الرهن ١٧٤
- فصل : إذا حل الحق فقال الراهن للمرتهن: بع لي واستوف ثمنه لي، ثم
استوف لنفسك ١٧٦
- اختلاف الأصحاب في الإذن المطلق، إذا قال: بعه، ولم يقل: بعه لي، ولا
لنفسك ١٧٧
- الحكم لو أراد الراهن أن يستقل ببيع المرهون، وصرف ثمنه إلى الراهن ١٨٠
- ١٨١ فصل : في تعديل الرهن على يد عدل
فصل : إذا وكل الراهن العدل ببيع الرهن توكيلاً مطلقاً، فباع بثمن المثل، ثم
جاء من يزيده في الثمن ١٨٣
- ١٨٦ فصل : مقصوده ذكر طرف من العهدة على الوكيل
١٨٦ للعهدة ثلاثة أركان في قاعدة المذهب: الأول: في توجيه الطلب
الركن الثاني: تصوير خروج المبيع مستحقاً بعد قبض الثمن (والمسائل
مفروضة فيه إذا باع العدل بتوكيل الراهن وإذن المرتهن) ١٨٧
- ١٨٩ فأما إذا تولى الحاكم بنفسه بيع الرهن عند اتصال الخصومة بمجلسه
وأما إذا نصب الحاكم أميناً لبيع الرهن ١٩١
- ١٩١ الركن الثالث من العهدة: يتعلق بالرد بالعيب، وموضع بسطه كتاب الوكالة ...

- فصل: ولو باع العدل، وقبض الثمن، ثم قال: ضاع الثمن في يدي من غير تقصير ١٩٢
- فصل: الراهن والمرتهن إذا تخالفا، فقال الراهن للعدل: بع الرهن بالدنانير
- وقال المرتهن: بع بالدراهم، فماذا يجب على العدل؟ ١٩٣
- فصل: الحكم لو أراد الراهن والمرتهن، أو أحدهما رفع الرهن من يد العدل .. ١٩٤
- فصل: في تغير حال العدل عن العدالة ١٩٦
- فصل: حكم جنابة العبد المرهون على سيده الراهن ١٩٧
- وحكم جنابته على ابن الراهن ١٩٨
- وحكم جنابته على عبد الراهن ٢٠٠
- فإن كان السيد أمر العبد بالجنابة ٢٠٤
- فصل: في رهن العبد المستعار ٢٠٥
- رهن المستعار جائز، وهل ينحى بالرهن نحو الضمان، أم العارية؟ قولان ٢٠٥
- بيان القولين، وتوجيههما ٢٠٥
- التفريع عليهما ٢٠٦
- فصل: والخصم فيما جُني على العبد سيده الراهن ٢١٥
- فصل: يحرم أن يرهن المشرک المصحف ٢١٧
- فروع: انسلت عن الضبط، ومنها ما أورده المشايخ ولا اختصاص له بالرهن، والإمام يوردها تأسيّاً بهم ٢١٨
- ٢٢٥ باب في الرهن والحمل في البيع
- شرط الرهن جائز في عقد البيع، وكذلك شرط الضمان، والإشهاد ٢٢٥
- يشترط لصحة شرط الرهن: التعيين ٢٢٦
- فصل: إذا شرط في عقد البيع رهن مجهول، أو كفيل من غير تعيين فالشرط
- فاسد، وفي فساد البيع قولان ٢٢٧
- فصل: القول في اختلاف الراهن والمرتهن بعد قبض الرهن في عيب كان بالرهن ٢٢٨
- فصل: الحكم إذا شرط البائع جعل المبيع بعينه رهناً بالثمن ٢٣٠
- ولو قال للذي عليه الحق: أرهنيك على أن تزيدني في الأجل ٢٣١

- فصل: ولو أقر الراهن أنه سلم الرهن إلى العدل، وقبضه، وقال العدل: ما قبضت ... ٢٣١
- فصل: ضابط ذكره المزني للصور التي يُصدَّق فيها الراهن، والمسائل التي يُصدَّق فيها المرتهن، والإمام يراه ضابطاً مبهماً ويحتاج إلى تأويل ٢٣٢
- فصل: ادعى رجل على رجلين أنهما رهنا منه عبدهما، فما الحكم إن صدقاه، أو كذباه، أو صدقه أحدهما وكذبه الآخر ٢٣٣
- والمسألة فيه إذا ادعى رجلان على رجل أنه رهن منهما ٢٣٤
- ادعى رجلان على رجلين أنهما رهنا عبداً لهما منهما ٢٣٥
- فصل: وإن كان له على رجل ألفان، إحداهما برهن، والأخرى بغير رهن، فقصاه ألفاً، ثم اختلفا، فقال المؤدي: هي التي عن الرهن، وقال المرتهن: هي التي بلا رهن ٢٣٥
- فصل: ولو قال المرتهن: رهنته هذه الدار التي في يده بألف، ولم أدفعها إليه، فغصبتها. وقال المرتهن: بل أقبضتها، والحكم لو قال المرتهن: أعرتة، أو أودعته، أو أكرتة ٢٣٨
- فروع متعلقة بالباب ٢٤١
- باب الزيادة في الرهن وما يحدث فيه ٢٤٣
- مقصود الباب الكلام في فوائد الرهن، ومصارفها. وفوائد الرهن: آثارٌ وأعيان. ٢٤٣
- تفصيل القول في الآثار (منافع الرهن) ٢٤٣
- تفصيل القول في الفوائد التي تكون أعياناً، وهي منقسمة إلى متصلة، ومنفصلة ٢٤٥
- جمع معاهد المذهب في الأحكام التي تتعدى إلى الولد الطارئ، والتي لا تتعدى إليه ٢٤٦
- تفصيل القول في الحمل الموجود حالة الرهن، ونظائر له ٢٤٨
- فصل: المنافع قسماً: منفعة لا ينقص القيمة استيفؤها كالسكنى فللراهن أن يستوفيها، ومنفعة ينقص القيمة استيفؤها كالغرس والوطء، والزرع، والكلام في هذا الفصل عليها ٢٥١
- حكم رهن الأمة، وبه نجاز القول في المنافع وجهات استيفائها ٢٥٣

- ٢٥٤ لا يُمنع الراهن من تعهد الرهن بما يدفع عنه ضرراً، أو يحصل خيراً ٢٥٤
تفصيل القول في مؤنة الرهن وعلى من تكون؟ ٢٥٤

٢٥٧ باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد

- إذا رهن رجلان عبداً مشتركاً بينهما بمائة درهم، وتم الرهن، ولزم، فالمائة مقسطة على الراهنين، فإذا أدى أحدهما ما عليه انفك الرهن عن حصته في العبد، وبقي نصيب الثاني من العبد مرهوناً، خلافاً لأبي حنيفة ٢٥٧
ثم مسائل أخرى يدخل في تصويرها الاستعارة مع الرهن ٢٥٨
فصل: ولو كان الرهن مما يكال أو يوزن ففُضي أحدهما نصيبه من الدين ٢٦١
فائدة: القِسَم ثلاث: منها ما يعتمد الجزئية المحضة، وهي في المثليات، ومنها ما يعتمد التعديل في القيمة والجزئية، وعليها قسمة الدور، ومنها ما يعتمد القيمة، ولا مجال للجزئية فيه، كتميز عبد من عبد. والإجبار يجري في القسمين الأولين، وفي الثالث قولان عن الشافعي ٢٦٣
فصل: ادعى رجلان على واحد، كل منهما يدعي أنه رهن عبده فيه وسلمه إليه، وبعدما سلمه إليه رهناً مستحقاً انتزعه من يده غصباً، أو استعاره منه وسلمه إلى الثاني ٢٦٤
الإمام قبل الجواب يجدد العهد بأمر سبق تمهيدها ٢٦٤
تفصيل القول في المسألة إذا كان الرهن (العبد) في يد الراهن، أو نائبه ٢٦٦
تفصيل القول إذا كان العبد في يد أحد المدعين ٢٧٢
تفصيل القول إذا كان العبد في أيديهما ٢٧٢

٢٧٤ باب الرهن يجمع شيئين

- رهن أرضاً وفيها أشجار، فهل تدخل الأشجار تحت تسمية الأرض؟ والمسألة سبقت مفصلة في البيع ٢٧٤
باع شجرة في مغرسها، أو رهنها من غير تعرض لذكر المغرس ٢٧٤
فصل: مقصوده التفصيل في رهن الثمار على رؤوس الأشجار ٢٧٦
فصل: مقصوده القول في رهن الثمار المتلاحقة ٢٧٩

ذكر الشيخ أبو علي بعد الفراغ من الثمار رهن الزرع وهو بقل ٢٨٠

٢٨٢ باب ما يفسد الرهن من الشرط

أقسام الشروط في الرهن، وتفصيل المذهب في فساد الرهن والشرط، وفي

صحتها، وفي صحة الرهن وفساد الشرط ٢٨٢

أحكام الرهن المشروط في البيع على النعوت الممهدة في الفصل ٢٨٤

فصل: لو كانت له ألف فقال: زدني ألفاً على أن أرهنيك بهما معاً رهناً ٢٨٤

ولو أسلفه ألفاً على أن يرهني عنده به رهناً، وشرط المرتهن لنفسه منافع الرهن . ٢٨٧

فصل: إذا قال الراهن: رهنتك ما في هذا الحق، أو ما في هذه الخريطة ٢٨٨

٢٩١ باب الرهن غير مضمون

الرهن أمانة في يد المرتهن، فإذا تلف في يده أو في يد العدل كان أمانة والدين

لا يسقط منه شيء. وقال أبو حنيفة: هو مضمون بالدين ٢٩١

فرع: قال العراقيون: المودع إذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله مع يمينه ٢٩٣

فرع: إذا رهن الغاصب العين المغصوبة عند إنسان، وكان المرتهن يحسبه

مالكاً لتلك العين ٢٩٤

فرع: مسألة تتعلق برهن المشاع ٢٩٥

فرع: اشترى عبداً بألف، فجاء إنسان وتبرع بأداء الدين ٢٩٦

فرع: إذا استحفظ الرهن عدلان، فهل لأحدهما أن يتفرد بالحفظ؟ ٢٩٧

فرع: رهنه شيئاً، ثم سلمه إليه وقال: قصدت بالتسليم إليك إيداعه عندك، ولم

أقصد إتمام الرهن وإقباضه، فهل يصدق الراهن؟ ٢٩٧

فرع: اغتصب المرتهن الرهن من يد العدل، فصار متعدداً وضامناً، فلو جاء

ورد الرهن إلى العدل، فهل يبرأ عن ضمان الغصب؟ ٢٩٨

فرع: رهن أرضاً وشرط للمرتهن أن يغرسها لنفسه بعد مضي شهر ٢٩٨

فرع: فيه طرف من القول في تعلق الدين بالتركة ٢٩٩

٣٠٣

كتاب التفليس

٣٠٣

تأصيل لغوي

من قل ماله، وكثرت ديونه فللقاضي أن يحجر عليه لأجل غرمائه إذا استدعوا

٣٠٣

ذلك منه، والأصل في جواز ذلك من السنة

٣٠٤

إن كانت الديون على مقدار المال، فهل يوقع القاضي الحجر؟

٣٠٤

وإن كانت الديون أقل من مقدار المال، واستدعى الغرماء الحجر

٣٠٥

لا يضرب القاضي الحجر إلا إذا استدعى الغرماء

من باع عيناً، وسلمها، وأفلس المشتري، فحجر القاضي عليه، فللبائع أن

٣٠٦

يرجع بعين المبيع ويفسخ البيع، والدليل على هذا من السنة

٣٠٦

أبو حنيفة خالف في المسألة، ومنع فسخ البيع بعد تسلم المبيع

أمور مستفادة مذهبية يستخرجها الإمام من الخلاف بين الشافعية والحنفية في

٣٠٦

هذه المسألة، والإمام يذكرها في معرض الأسئلة والأجوبة

ومما يتعلق بالمسألة: أن البائع إذا أثبتنا له حق الفسخ، فهو على الفور أم على

٣٠٩

التراخي؟

ومما يتعلق بالمسألة: أن المشتري لو لم يكن مفلساً، ولكنه امتنع عن أداء

٣١٠

الثمن، فهل يثبت للبائع حق الرجوع؟

فصل: يجمع القول في التغيرات التي تلحق المبيع حكماً وحقيقة بعد إفلاس

٣١١

المشتري

فرع: اشترى حنطة فبثها بذراً، فنبت الزرع وأحصده، ثم أفلس المشتري،

٣١٧

فالحنطة الحاصلة من ذلك البذر لمن؟ ونظائر لهذه المسألة

فصل: باع نخلاً فيه ثمر قد أُبْرِ، وأدخل الثمار في البيع، ثم قبض المشتري

الشجر والثمر، واستهلك الثمرة، وأفلس، فالبائع يرجع في الشجر

ويضارب بقسط من الثمن يقابل الثمرة الفائتة. ولا يمكن الوصول إلى ما

٣١٩

يرجع به من الثمن إلا بمعرفة قيمة الثمار، وقيمة الأشجار

٣٢٠

تفصيل القول في قيمة الثمر

- ٣٢١ تفصيل القول في قيمة الشجر
- فصل: باعه حائطاً لا ثمر على أشجاره، فأثمرت في يد المشتري، أو باعه أرضاً لا زرع فيها، فزرعها المشتري، ثم أفلس ٣٢٧
- فصل: يجمع صور الوفاق والخلاف فيما يبقى للمفلس والغرماء من الحمل والثمر ٣٣١
- فصل: من باع نخلة، فأطلعت بعد البيع، وأفلس المشتري قبل التأبير، وأراد الرجوع، فله أن يرجع في الثمار مع الأشجار.
- ولو أبرت الثمار قبل الرجوع، لم يرجع البائع في الثمار وفاقاً. ومضمون الفصل يديره الإمام على هاتين الصورتين، تأصيلاً، وتفريعاً، وتصويراً ٣٣٤
- فصل: وإن وجد بعض ماله، كان له بحصته، ويضرب مع الغرماء في بقيته ٣٤٢
- فصل: باع أرضاً، وسلمها، فغرسها المشتري، أو بنى فيها، ثم أفلس وما كان أدى الثمن ٣٤٣
- تنبيه من الإمام لثمار الإشكال في المسألة، ثم الخوض في الجواب بعرض الأقوال والتفريع عليها ٣٤٤
- فصل: باع عبيدين متفقي القيمة بمائة، وقبض خمسين، فتلف أحدهما في يد المشتري، وأفلس ٣٤٨
- فصل: أكره أرضاً، وسلمها، ثم أفلس المكتري، وأراد المكري الرجوع إلى المنفعة ٣٤٩
- ثم القول في المسألة إذا زرع المكتري الأرض، ثم أفلس ٣٥٠
- فصل: مضمونه القول في كيفية الرجوع في الزيت المختلط، وتفصيل القول فيه إذا كان الخلط من جنس المبيع، والحكم إذا كان الخلط بالمثل، أو بالأردأ، أو بالأجود ٣٥٢
- القول فيه إذا كان الخلط بما لا يجانس المبيع ٣٥٦
- فصل: في الصبغ والقصورة، وهو من الفصول المنعوتة في كتاب التفليس ٣٥٩
- طرف من القول في حكم الصبغ وأنه عين ٣٥٩

القسارة في الثوب، والطحن في الحنطة وما في معناهما هل هما أثر أم عين؟	
قولان، والتفريع عليهما	٣٦٠
معنى قولنا: القسارة عين	٣٦٤
الإمام يئنه إلى غلطين لبعض الأصحاب	٣٦٦
عود إلى الخوض في فصل الصبغ بعد نجاز القول في القسارة	٣٦٨
فصل: ذكره صاحب التلخيص وغلط فيه من أوله إلى آخره، والإمام ينقل أجوبته، ثم يذكر وجه الصواب فيها	٣٧٠
فصل: من اشترى شيئاً على شرط الخيار، أو باع، ففلس، وجرى الحجر عليه، ففي إجازته وفسخه بحكم الخيار طريقان	٣٧٣
الكلام على نص للشافعي متعلق بالرد بالعيب	٣٧٥
فصل: مضمونه القول في إفلاس المسلم إليه في عقد السلم والكلام في صورتين: أن يفلس المسلم إليه، والمسلم موجود	٣٧٨
والصورة الثانية: أن يفلس المسلم إليه، وينقطع المسلم	٣٧٩
فصل: يشتمل على بيان إفلاس المكري، وإفلاس المكري. والبداية بإفلاس المكري	٣٨٢
القول إذا أفلس المكري	٣٨٥
فصل: إذا قسم الحاكم مال المفلس على غرمائه، ثم ظهر غرماء آخرون بعد القسمة	٣٨٧
المحجور عليه لو استفاد مالاً جديداً والحجر مطرد عليه، فهل يتعدى الحجر إلى هذا المال الحادث؟	٣٨٩
القول في الديون التي تتجدد في زمان الحجر	٣٩٠
فصل: في بيع مال المفلس، وقسمته	٣٩١
فصل: إذا حجر الحاكم على المفلس، فالأولى أن يشهد على الحجر	٣٩٤
تفصيل القول فيما يمتنع من تصرفات المحجور	٣٩٤
بيان تصرفات المحجور في أعيان أمواله	٣٩٥

٣٩٧	تصرفات المحجور فيما لا يتعلق بعين ماله
٤٠١	فصل: في ديون المفلس هل تحل بالحجر؟
٤٠١	من مات وعليه ديون مؤجلة، حلت الديون بموته
٤٠١	ولو جُن من عليه ديون مؤجلة ففي حلول الدين قولان
	الشيخ أبو محمد يذكر في طريان الحجر بسبب الفلس قولين مرتبين على
٤٠٢	القولين في الجنون
٤٠٢	تفريع من الإمام على القولين في حلول الأجل، وبقائه
	فصل: مضمونه ذكر الجناية على المفلس، وعلى عبده، وذكر جناية المفلس،
٤٠٦	وجناية عبده
٤٠٧	فصل: فيه حكم اكتساب المفلس لأجل الدين
	فصل: ينبغي على الحاكم قبل تفرقة مال المفلس أن ينفق عليه وعلى من تلزمه
٤٠٨	نفقته من زوجاته وأقاربه
٤٠٩	الإمام يصرح بأن في قلبه من نفقة الأقارب مخالفة ظاهرة، ولكن المذهب نقلٌ .
٤١٠	- ولو مات المفلس قُدم تكفينه ومؤنة دفنه، وفي القدر الذي يكفن به خلاف ...
٤١١	وهل يباع خادمه، ومسكنه؟
	فصل: المفلس إذا ادعى ديناً على إنسان، وأقام شاهداً واحداً، ولم يحلف
٤١٢	معه، فأراد الغرماء أن يحلفوا مع الشاهد لم يكن لهم ذلك
	فرع: نص الشافعي على أن الرجل إذا وهب شيئاً في حالة الإطلاق، ثم أفلس
	وحجر عليه، فأثابه المتهب ما هو أكبر قيمة من الموهوب، لم يلزمه القبول،
٤١٥	وإن أثابه ما هو أقل قيمة من الموهوب، فله الرضا
٤١٦	باب العهدة في مال المفلس
٤١٦	غرض الباب بيان المرجع في عهدة مال المفلس إذا بيع في دينه ثم فرض التلف .
٤١٨	باب حبس المفلس
٤١٨	الفصل الأول: في قاعدة الحبس
٤٢٠	الفصل الثاني: في إثبات الإعسار

- ٤٢١ القول في شهود الإعسار، ونظر القاضي إلى أحوالهم
- ٤٢٣ القول إذا لم يُقم بينة على إعساره
- ٤٢٥ إذا ثبت الإفلاس وجب الإطلاق، فلا حبس على معسر
- إذا صرف القاضي أموال المفلس الموجودة إلى غرمائه، فهل يرتفع الحجر عنه، أم لا بد من أن يفكه القاضي؟
- ٤٢٦ ومن نظائر ذلك: السفه إذا ظهر صلاحه، والمجنون إذا أفاق
- ٤٢٨ الفصل الثالث: في مسافرة من عليه الدين
- فرع: أراد أن يدعي ديناً مؤجلاً على إنسان ففي قبول دعواه قبل حلول الأجل قولان
- ٤٢٩

كتاب الحجر

- ٤٣١ الحجر لغة واصطلاحاً
- ٤٣١ الأسباب المقتضية للحجر
- ٤٣٢ تفصيل القول في البلوغ وسببه
- ٤٣٥ القول في بلوغ الخنثى
- ٤٣٨ فصل: في الرشد ومعناه، ونقيضه
- ٤٣٩ التفصيل في اقتران السفه بالبلوغ
- ٤٣٩ القول في طريان السفه بعد الرشد
- ٤٤٢ فصل: ما يصح من تصرفات المحجور عليه بالسفه، وما لا يصح
- ٤٤٣ فرع: اشترى المحجور شيئاً في ذمته من غير إذن الولي
- ٤٤٤ فرع: إذا أقر المبذر أنه أتلف مالاً لأجنبي، ففي قبول إقراره قولان
- ٤٤٤ فرع: ينبغي للولي أن يختبر الصبي أو ان البلوغ ليعلم سفهه ورشده
- فرع: السفه إذا أحرم بالحج، انعقد إحرامه، فإن كان الحج تطوعاً فلا يسلم إليه الولي مالاً يتبلغ به
- ٤٤٥ فرع: إذا كان السفه مطلقاً، فالوجه أن يشتري الولي له جارية، فإن عتقه لا ينفذ فيها
- ٤٤٥

٤٤٧

كتاب الصلح

صدر الشافعي رضي الله عنه الكتاب تيمناً بقول عمر رضي الله عنه «الصلح جائز

بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» وتوضيح من الإمام

٤٤٧ للصلح المحلل للحرام والصلح المحرم للحلال

٤٤٧ تقسيم حارٍ يجمع صحيح الصلح وفاسده، ومحل الوفاق والخلاف

الصلح قسمان: الأول - ما يجري بين المدعي والمدعى عليه، والثاني ما يجري

٤٤٧ بين أجنبي وبين المدعي

أولاً: ما يجري بين المدعي والمدعى عليه: وهو نوعان: صلح مع الإقرار،

٤٤٧ و صلح مع الإنكار

٤٤٧ الصلح مع الإقرار نوعان: عن عين وعن دين

٤٤٧ والصلح الواقع عن عين نوعان: معاوضة، وحطيطة

٤٤٨ صلح المعاوضة عن عين مع الإقرار

٤٤٩ صلح الحطيطة عن عين مع الإقرار

٤٤٩ صلح المعاوضة عن دين مع الإقرار

٤٥٠ صلح الحطيطة عن دين مع الإقرار

٤٥٢ الصلح مع الإنكار

٤٥٢ إذا كان على غير العوض المدعى

٤٥٢ إذا كان على بعض المدعى

٤٥٤ ثانياً: الصلح الذي يجري بين المدعي والأجنبي: وهو نوعان:

٤٥٤ الصلح من الأجنبي مع إقرار المدعى عليه، عيناً كان المدعى أو ديناً

٤٥٥ الصلح من الأجنبي مع إنكار المدعى عليه

٤٥٥ فإن كان المدعى عيناً

٤٥٨ وإن كان المدعى ديناً

٤٥٩ فصل: يحوي مسائل من الصلح مع الإقرار، والمدعى المقرب به دين

فصل: يحوي مسائل مقصودة في المذهب ألزمها أصحاب أبي حنيفة في

- ٤٦١ تصحيح صلح الإنكار
- ٤٦٣ فصل: صالح واحد من الورثة الباقيين عن حصة من التركة
- ٤٦٤ فصل: مسائل في إشراع الجناح والسباط، وفي أحكام الشارع
- ٤٦٤ حكم الإشراع في ملك الغير
- ٤٦٤ حكم الإشراع في الشارع المشترك بين الكافة
- ٤٦٥ حكم بناء الدكة أمام باب الدار، وحكم غرس الأشجار
- ٤٦٦ حكم إشراع الأجنحة في السكة المنسدة
- ٤٦٧ حكم فتح الأبواب، والكوات، والمنافذ
- ٤٧٠ القول في الشارع العام
- ٤٧٢ القول في السكة المنسدة
- ٤٧٣ فصل: ادعى رجلان داراً في يد رجل: وقالوا: ورثناها من أبينا
- ٤٧٤ تصوير المسألة إذا نسبنا دعوتيهما إلى غير جهة الإرث
- فرع: ذكره صاحب التقريب: باع اثنان عبداً مشتركاً بينهما بثمان معلوم، فهل
- ٤٧٥ لأحدهما الانفراد بقبض حصته من الثمن
- فرع: ادعى رجلان داراً في يد ثالث على الشيوع وذكرنا الملك المطلق ولم
- ٤٧٦ ينسبها إلى سبب
- فرع: ادعى رجلان داراً في يد رجل وقال كل منهما: نصف هذه الدار لي، فأقر
- ٤٧٦ المدعى عليه بأن جميع الدار لأحدهما، وعينه
- ٤٧٧ فصل: في تداعي الرجلين جداراً بين داريهما
- ٤٨١ الحكم إذا كان بين رجلين جدار مشترك، فأراد أحدهما أن يضع عليه جذوعاً ..
- ٤٨٥ فصل: حكم بعض التصرفات في الجدار المشترك
- ٤٨٦ القول في المهياة، ولزومها
- فصل: الكلام فيه يتعلق بأمرين: أحدهما - التفصيل في قسمة الجدار المشترك،
- ٤٨٨ إجباراً، واختياراً

- والثاني - القول في قسمة أس الجدار ومبناه ٤٨٩
- فصل: إذا انهدم الجدار فعمّراه، وأعاداه بالأعيان التي كانت فيه ٤٨٩
- والحكم لو اختص أحدهما بالإعادة، وشرط أن يكون الثلثان من الجدار له ... ٤٩٠
- فرع: استعار رجل جداراً، ووضع عليه جذوعاً، ثم انهدم الجدار ٤٩١
- فصل: في تنازع صاحب العلو والسفل السقف الحائل بينهما ٤٩٢
- فصل: له تعلق بالفصل السابق، وفيه طرف من أحكام عمارة الأملاك المشتركة . ٤٩٤
- فصل: إذا ملك بيتاً، فجاء رجل واشترى منه حق البناء على سطحه، فقد أجمع
الأصحاب على جواز ذلك، وأن هذه المعاملة بيعٌ، وترددوا في جواز
إنشائها بلفظ الإجارة ٤٩٨
- المزني يرى أن هذه المعاملة فاسدة لخروجها عن قضية البيع والإجارة، وهذا
معدود من مذهبه المختص به ٤٩٩
- يشترط في هذه المعاملة الإعلام اللائق بها ٥٠١
- فرع: إذا كان للإنسان حق مجرى ماء في ملك غيره، فإذا استرم ذلك المجرى،
فعمارة المجرى على من؟ ٥٠٢
- فصل: تنازع صاحب العلو والسفل في العرصه هي في يد من؟ ٥٠٣
- القول في الدرج والمرقى واليد فيهما ٥٠٥
- فصل: الحكم إذا استعلت الأشجار وانتشرت أغصانها في هواء ملك الغير .
- والحكم إذا انتشرت العروق تحت الأرض ٥٠٦
- فصل: يجمع المسائل التي ذكرها المزني، والإمام يذكر صورها ويرمز إلى
المعاد فيها، ويذكر ما اشتمل على فائدة جديدة ٥٠٧
- فرع: إذا كان للرجل حق مسيل ماء في أرض الغير، واحتاج إلى تنقيته من
الحمأة ٥١٠

كتاب الحوالة

- ٥١١
- الأصل فيها، وأركانها ٥١١
- القول في حقيقتها وماهيتها ٥١١

- ٥١٢ من شروط الحوالة: الرضى
- ٥١٣ يشترط فيما تجري فيه الحوالة أمران: أحدهما - التجانس بين الدينين
- ٥١٤ الثاني - استقرار الدين ولزومه
- ٥١٥ حكم الحوالة على من لا دين عليه
- الحكم إذا تمت الحوالة، ثم طرأ على المحال عليه إفلاس، أو جحد للحق، أو
- ٥١٧ أحيل على من ظنه غنياً، فتبين أنه كان عند الحوالة مفلساً
- ٥١٨ الحوالة هل يلحقها خيار المجلس والشرط؟
- فرع: إذا كان الدين على المحيل مؤجلاً، وكذلك على المحال عليه، واستوى
- الأجلان في مقدارهما، فما حكم حلول الدين إذا مات المحيل، أو مات
- ٥١٨ المحال عليه؟
- ٥١٩ باب في مسائل تحرى فيها المزمى معنى جوابات الشافعى في الحوالة
- فمن ذلك: باع عبداً من رجل بألف درهم، وأحال المشتري البائع على رجل
- بالثمن، ثم اطلع على عيب قديم بالعبد، فردّه، نص المزمى هاهنا: أن
- ٥١٩ الحوالة تبطل، ونص في المختصر الكبير: أنها لا تبطل
- فائدة: منصوصات المزمى في مجال التحري معدودة من متن المذهب، وهي
- ٥١٩ عند المصنفين كنصوص الشافعى
- ٥١٩ الأصحاب خرجوا المسألة على قولين، ثم التفرع عليهما
- فصل: إذا كان لرجل على رجل دين، وكان للمديون دين على آخر يماثل الدين
- الأول، فأمر المديون مستحق الدين بقبض ذلك الدين، ثم اختلفا فادعى
- ٥٢٣ أحدهما أن الذي جرى حوالة، وادعى الآخر أنه وكالة، فالقول قول من؟
- ٥٢٩ فروع: تحوي صوراً في الحوالة، وبها نجاز الكتاب
- ٥٣٣ محتوى الكتاب